ספר

נכח השלחן

יוצינו וישמחו כל חוזי זאת חקת התורה · מחברת הקדש דינא רבא ודינא
היינו תורה · משיב כהלכה משפט בני ישראל מפיו תורה · מסדיר סדר
המערכה ושם בסדר **ארבעה טורים** אבן הראשה ריש תורה · **ארח**
חיים תפילה אחריו יאיר **יורה דעה** יבין שמועה
האבן העזר את העם לתורה · ערך השלחן אצל
חשן המשפט על לבו לא תאכל תורה · מחדדן שמעתתיה
רבה וקבן פעלים לתורה וישימה ל'**חק** :

'**לבני** ישראל לזכרון זאת פעולה צדיק לחיים ותורה · הוכ'ר חבדי'ם מחוכם
עטרת בראש כל אדם מעלת הרב הגדול גדולה תורה · אב'ד ור'מ
ראש על **אר'ץ** רבה גם שב גם ישיש כגבור עט'ר מרן זקני כמה'ר **חיים**
מרדכי לבטון כר'ו יאריך ימים על ממלכתו זקן ונשוא פנים
בתורה · בן ירבה ובן יפרוץ יניף ידו שנית להוציא לאור אורה
זו תורה · ס' כתב איש רבי **בן יאיר** מילי דדרשא עפ'י הדין פורש מן התורה
ונראה בחכמת ציון ובן ישי בראש ומשלו מים עד ים שיבא מוני **טו'ן**

כ'ר שועל יוצא מבית קדש הקדשים · נבזה וחדל אישים · כעור וריק אין תורה · נין
ונכד לקרב המחבר נר'ו מרגלא אטימטון · והוא הצעיר

יצחק לבטון
ס'ט

נדפס

פה אזמיר יע'א

תמ'א המלך **שולטן עבד אל עזיז** יר'ה ותמ'א

ותהי השלמתו בח' רחמים ש' **ברכו'ת** לראש צדיק לפ'ק

בדפוס של כה'ר **אהרן יהושע** די סיגורה ס'ט וחביריו הצי'א

הקדמת מעלת הרבנים המופלאים מלאים זיו ומפיקים היושבים ראשונה על הארץ הטובה ה' עליהם יהיו דשנים ורעננים יהיו ·

מלך מלכיא · הומיא ולישנייא · מרן דבשמיא . כמלכייא עפיר כמה גדולים מעשה חייא . אשר במאמרו ברא שחקים שמיא וארעא . עמד וימודד ארץ לארכה ולרחבה . תבל ויושבי בה . בעודנא דעסיק בה , ההוא אמר ויהי שהקו"ל נביא ברברו אדם שיש בו דעה . ויהי אדם לנפש חיה . מושכ"ת ועומד אחד מאו"ר רבי' זרחי"ה . וגויתו כתרשיש שלפא ומחוויא . כמה מעליא דמי לבר שאין דומה נטיעה למי שנטעה ומוקר האדם ית"ר יקר"ו . כאוה מדבר"ו · בחכמה יסד אר"ש גדול בים סבר"ו . שניתנה לו בינה יתירה על כל בני דורו . כולי עלמא לגבי דידיה אדמו כטייעא · גברא דחשיב דכיילין ליה בקבא רבה , שהיא חשבה ידוע וניסא ונבה · מטעם המלך טעמא רבה , לקבל תורה בא · תורת ה' תמימה תורת **חיים**

מלך רב הבוחר בעמו ישר"ל לא זז מחבבן . שפוני טמוני חקקן חשב"ן . ויתן להם לוחות העדות כתוב בוכן · בהם היו עומדים מילי מיכתבן . דלא כתבא . וישת עליהם תכ"ל תרשיש ושהם וישפה · תורה חתומה הא כחרפי . תורה שבעל פה · אף זו משיני אמרי לה כי מכנפי · לא מוסיף על הראשונים כלם שיים לטובה , כלם ניקנו מרועה אחד של אחד אמרן · הופיע מהר פארן · ויתן אותם שאים כלל ופרט פרשה ועיקרן . אותיות נקטת במסירה מילי מתקן · הדור קיבלום בימי מרדכי כאן מאהבה . לא זו אף זו בכל דור ודורשיו . מה שתלמיד ותיק יבכ"ר לחודשי"ו · ועל יובל ישלח שרשיו . הן הן קידושי תורה ואיש את קדשיו · רחמנא אחשביכהו כהוויות דאביי ורבא · ואסמכינהו שאו דלא תסור . בכל מילי דאמור רבנן כשר ודבי מותר ואסור . בשום הוא בכ"ר דר"י וחסור . אין לך שלא דור שבימיך להם הדבר מסור . להבין ולהורות גדולה תשובה . הן הן גופי תורה . של הן הנשקלין בשקל הקודש משנה וגמרא · הבע"א קרא אבע"א סברא . מצות ה' ברה · גדולה תורה שנותנת **חיים**

מלך דבי"ר דבר ומנהיג בסדר המערכה · נטע נטיעה העמדה והערכה · דבר אחד לדור אבולי בדכא יורה יורה אחד לדין וכן לדבר הלכה . בכרכים ועיירות גדולות שם נמצא אחד מעיר ראה את המליאה · חסדי ה' כי לא תמנו כי לא כלו רחמיו · דור דור וחכמיו · את אשר יבחר בו וכה נעשה ראש בעל בעמיו · אף שמיו · יערפו טל יזלו בשמיו · נהרי נחלי דבש וחמאה · הכל משכימים לפתחו פתחי שערים עלי קרת · להגיד לאדם מה שיחו תורת אמת דאוה מדברת ליכין ופרחים פרח שושן מרדכי בלש"ן לשונו לשון הזהב והאדרת · כל שהיא תפארת · שיחה זו נאה · היינו דאהניא ליה שבח נעורים שבתו וקימתו תורתו אומנותו · מיום היותו , בין גדולי רומ"י מוטלת בשת"ו · ולילה כיום יעיר חוזר על משנתו · רבי' ל"ו שנאה · מלוה בחור"ת · הוא תני לה ודמי כמאן דמנחא בכשתיה · האי גברא אהניא ליה שיטתיה · היינו רביתי' · למסוי רישא דעמיה מדברנא דאומתיה . אזיל תנא ויתיב ארוכתיה · מושב מלכים כסא הוראה כאשר דאונו כאור החיים עיר וקדיש קדושה ראשונה . האי תנא דידן ראש מר דרור דיינא ונחית לעומקא דדינא · ממנו יתד ממנו פינה , והנא תונא · נחל נובע מקור מים **חיים**

מלך בכיר השופט כל הארץ מימות ראשונים . הרבנים גדול"י הקודש הד"ר זקנים , את פוסקים נמנה שם ישב בין גדולי הדיינים · לדון ולהורות כל הדבר הקשה קינין ופתחי נדה . דהוה ממוני אגיטי פרוזבולי ופרוזבוטי · כל נדרי ואסרי לכל אשר יבטא . והשיב רבים מעון ברא בר חטי · אבוהי שקייה ממנו אגנידא . וכי ישאל איש בדבר הלכה בין דין לדין · ונעלם דבר מעיני העדה . יושבי על מדין · ומרדכי ידע הלכה זו העלה . בשעה קלה שמימיו חדין · דן ידין · בעלי דינין בעמידה · ושפט בצדק דלים כל אמת תפסיה · לדק ילין בה כל העם מקלה · עונים אחריו מקודש יתהלכו הוללים · בחיר ה' שגדל המלך גידולי גידולין . איש על העדה · מלאך מליץ לוף דבש דברים המטודקים · מים עמוקים · דבר גבורות · דברי חכמים בסדר כונות קול נתנו שחקים · האירו ברקים במשקל ובמדה · במקום גדולתו · שם מלינו ענותנותו · לדיק מעיקרו שיראת חטא קודמת לחכמתו · וה' עמו שהלכה כמותו . ח"ק לישר"ל רב"ן חסידא יראת ה' **לחיים**

מלך ישר"ל גדול אדונינו ורב · כי גדול מרדכי ושמעו הולך בכל המדינות במזרח ובמערב · מי ישמיע כל תהילתו ומי זה לבו ערב · להגיד דבר בשבח המגיע מיכ"ל ומיר"ב . יכול להחויא . תורתו מכרזת עליו בהיר בשחקים · נודע בשערים במהנה לדיקים · בינן של קדושים מלאים ומפיקים · יודעי דת ודין משפטים וחוקים · בני עליה . מופלא הסמוך גולגולת אחת שלפם . אך מעין נור סוד שאינו מאבד טיפה , מפיק שפה ומעיל שפה דברי מרדכי אמרת שוה לרופה · לפום חורפ"א · חורפיה מחלייא . אינו של שרף כאחד מלכאי לבאות · המאור הגדול למופת ולאות · מעשה ידיו הן הם עדיו עושה נפלאות . לשפים ולמאות · אתוסי במה דרברבין אתייא ותמהייא . אתמחי גברא ואתמחי קמיעא . כל שישנו בזכירה דקאי אחר כרעא · כל סתום מעין חתום בכיסתים תלא את שיש בה ידיעה . נהירין ליה חומרי וקולי בשבילי דנכסר דעה · מילתא דמטמרא ליה גליא · הן של קלות מדותיו עוזו ונפלאותיו · הן הן נוראותיו · הבונה שמים מעלותיו · זה דרכו דרך הקודש דרך **חיים**

מלך עיל"ס בראשונה היה נעמן · והיה העלמ"ה לכל הדבורות על אורות מעשה ידי אומן · כל העם התאוו חכמי הזמן · מי יתן בספר ויוחקו מלמד שהטעימן · מלא האומ"ר מן · חזו מאי דקמן .

הקדמת מעלת הרבנים

רוח הקודש הופיע · היום הזה כראו מאורות · משפטים ישרים ותורות . לאור כאור החיים **ש"ת**
ע"ס ארבעה טורים טוב ומטיב לאשר יהיה שמה הרוח · הכי קרא שמו **נבח השלחן** אתכא
דמרן הגאון הב"י קא סמיך מקום אשר דבר המלך ודתו מגיע · הדור אתם ראו עמים
כלם . פתחי תשובה כפתחו של אולם · בקי בחדרי תור' אין כל דבר נעלם , הכל צריכין למארי חטייא
המאיר לעולם · לפנות מופיע . הן כל זה פעולת צדיק מר קשישא . אכן הראשה · ראשון לכל דבר שבקדושה
מלך שלטון · לצוקית של פלייטון · עטרת תפארת הרב הגדול מעוז ומגדול שכא דמשפטים כמהר"ר
חיים מרדכי לבטון נר"ו יאיר לעד לא יחסר עולם מלכו תרב גדולתו וראשו לעב יגיע ·
יצמח צדיק כיואלי אליו על שלשים ועל רבעים · חכמים וידועים · זר"ק נטע
שעשועים · שהשמחה במעונו בחומותיו וכביתו · יאריך ימים על ממלכתו · אורך ימים ושנות **חיים**

מלך כמשפט כי בו בחר איידי דחביב עליה . אקדומי אקדמיה הרי זה נול"ה · לעשות משפט כתוב
טפי מעלי . אר"ש קדם מדפ"ס ועולה · לחם רב עבד · ועוד ידו נטויה להוציא לאור תעלומה .
חמדה גנוזה גאבים וראמה . יואלה כהיטומא · תורה שלימה . דרושים לכל חפציהם . עריך אין להם · מה
שעשה חכמה . חכמת **הרב המחבר** קדוש ה' מכובד . אשרי אנוש יעשה זאת לקקים דגל התורה .
להדפיס תמימים תורת הרב המחבר אורייתא בשרה . להאיר על הארץ קר"ן אורה .
אספקלריא המאירה . וקרו לה בן גלו"א **בן יאיר** כהר"א נהר"א . ולא תהיה תורה מונחת בר בכד · ואתם
הרי ישראל המתנדבים בעם , עם מרדכי כוזו זהב ואת הסלע"ס · לקוח את ספר התורה הזה
לחזות בנועם , אמרי שפר מאמר **מרדכי** אמר עם הספר . חיך אוכל יטעם . טעם כעיקר מכל הון
יקר הכי נכבד . שמורה בכל וערוכה כדת וכהלכה · ולכל בשרו מרפא וארוכה . מרפא לשון
עץ **חיים**

מלך אדיר זכור עירך קנית קדם היינו עזובה היינו שכוחה , ראה ה' את עוניי · והיתה הרוחה
עד אימת נלעטר . ש"ן משיח ליש"ל . עלה בקב"ץ נדחי ישראל ובא לציון גואל . והכהן המשיח יעשה
את עולתו · ואיש ישראל יביא כפריו ראשית בכורי הבכור בבכורתו . כל חלב לה' בכל מקום מוקטר
קטורת סמים , מר דרור ובשמים · והיה ה' למלך מלכות עולמים · מלך עולם שקים **חיים**

כה דברי החותמים פה אר"ץ יע"א עשרה ימים לחודש שבט שם שם לו חק ומשפט מתוקם שנת לשמור
א"ת דר"ך עץ החיים ברוב עוז ושלום :

הצעיר **שלום** הצעיר **אברהם** הצעיר **משה** הצעיר **שאול** הצעיר **רפאל**

באסבי **דיין** ככמהר"י **סתהון** **עזרא דוויך הכהן** **שלמה נחמד**

ס"ט ס"ט ס"ט ס"ט ס"ט

גם אני הבא על החתום הגם שאיני כדאי לדבר לפני מי שגדול הרב הגדול עט"ר ראש מר דרור נר"ו
ועליו ילין נזרו · וכ"ש להסכים על ספרו המשובח והמפואר המאירים לעולם כראה אור כאורו · אכן
מורינו הרב המחבר נר"ו מענותנותיה כי רבה עשה את שאיני זוכה כזוכה ויפקד המלך פקידי"ם
לבוא בשתי שורו"ת האמור בד"ל מסכים והולך להגיד לאדם יושרו · ולהיות כי אין מסרבין לגדול לעשות רצון
צדיק קפלתי או אמרתי הנה באתי במגילת ספר כתוב באותיות שקים אך למחסיר קונה לו חסיר"ו ודברי
לא כרו"ף יצרפ"ו עם רבנן קדישי רבני אר"ץ עליונים למעלה אשר חכמים הגידו תהלת שבחו של מורינו הרב
המחבר כפניו וכך היא המדה כי אין הפה יכולה לגמור את ההלל כשבח המגיע גדול כים ספ"ו · זאת
היתה לי אנא קטינא חייך בהרא מילתא סייך לבא בקלי"ת האומ"ר ויהי הקבר אמין אשר קליר"ו ויהיו
דברי לא לכבוד מוס"ר הגדול המחבר ודבורו הקל איהו גופיה גזירה הכ"ר המחבר בס' ושמע יתרו ·
אתן שנת **תבאינ"ה בהיכ"ל מל"ך** לפר"ק ברוב עוז ושלום :

כה דברי תלמידו של הרב הגדול מעוז ומגדול פאר הדור והדרו כמה"ר נר"ו
הצעיר

חיים יוסף
יאושע מוספייא
ס"ט

הקדמת מר קשישא · אבן הראשה . מעלת הרב הגדול · מעוז ומגדול
הרב המחבר נר"ו · וחילים יגבר :

חיים מדבר כרא"ש אמ"ר דבר כעט"ו ע"ט הומיר או ישיר מרדכי בלשן בליל לישנה אין בפיהו מענה לישנא קלילא · עתה אקום להודות שף תודות בתורה שבכתב ובתורה שבע"פ אחד בלב וא' בפה מה לפ"ה ק"ח מה למילה · הודאת פי בפלפולי לא נומי עלי שהחייני וקיימני והגיעני לבא בגבורות גם עד זקנה ושיבה שקים לא עזבני במעגלי צדק הנחני להזות בתורתו זכה למעלה . וע"ד שבעתה באתי כי וביתי ועיני רואות אשר טיפחתי וריביתי מילי בדבר"א כאן בדברי תורה היא סגולה . על מזבח הדפוס נזותקי בע"ט ברזל ועופרת למען יעמדו לאות ולמשמרת חיים ביר לשון מדברת פי ימלא שיחין הילולי קריאתה זו היא הלילא · הלל הגדול לפני מי שגדול שוכי עולם אשר הפליא לעשות עמדי מעודי ופי ימלא תהלות בקולי קולות במקהלות אברך ה' בברכת הדיוט קלה · מי אנכי כי הביאותני עד הלום אין אומר ואין דברים לא יכילון מגילות להגיד תהילות הן שה קצות דרכי **מרדכי**

חיים על האדמה כולי יומא לא פסיק חוכא מפומיה לדידי חזי לי חיובא רמי להזכיר חסדי השם הטוב והמטיב ר"ל טיבו"ו מי טבא הוא ועבא · המור' בכסו עושין לו בם אחר בא יבא ולא יאחר ובך היא המדה כל שישמו בלמידה במשקל ובמדה מעין ברכותיו אשר לו מר"ה מודעת זאת היתה לי אמינה אומן בשוקי אמן בשם שזכני למען דפוס מה שהשיגה ידי בין דין לדין פסקים והתכים בספר אשר כתבתי להורותם על ריב בני ישרא' ועל נכונתם להם הודעתי את הדרך ילכו בה . לכלם בשם אקרא ספר **נכה השלחן** יען כי ה"ן בסד"ר ע"ס סימני מרן ש"ע גדול אדונינו הוד והדר וזאת שנית כי תורה דוליה היא ואבן בתרים נדירן בכל פסקיו משפטיו וחוקיו והמשכיל יבין כי מתורתו אנו למדין ומשיבין גדולה תשובה · כן אקוה לא יהי לבי תמים בקרב ימים יחכה ה' שלו"ח כסף מלא לסרפים תמימים דרושים לכל חפציהם וכירוש כל רואיהם אשר מהם תלא תור' לא תחסר כל בה . ראה קראתי בשם **בן יאיר** עמד טעמו בו כי שמי בקרבו ע"ש הכתוב מרדכי בן יאיר וזאת שנית כי בקרבו ישים או"ר כ"ו להאיר לאר"ש כמה מקראות ומדרשים אשר אין להם הפירש בהם חענה חלקי אמרה נפשי חלק שוה שקים הלכה . קולי של ה' אקרא יהיה לי עזרה להוציא לאור האי ספר"א ועיני רואות אשר חו"ה לפנת פענת דאיתים בי גיזא חמדה גנוזה בחיקו של **מרדכי**

חיים למעלה למשכיל שוו פי קראתי אחת שאלתי להיות כי ידעתי בינה ידעתי כי כן היא דרכה של תורה כל מחב"ר ספר גדול וקטן בה משפטו · אחת דתו כי המלא ימלא איש אשר לחידושיו ובק"ר ולכל תכלית הוא חוקר יצא לחפשי איזהו מקומן אשר יאמר כי המחבר הזה קרא והטה וכפעם בפעם יוצא חוץ לשיטה עירב בה קב חומטון כל שהקולמוס פולטו . הנה כי כן אותה אבקש מאת קורא נעים נטע שעשועים בראותו ילדי מעשה ידי מעט ורעים יולדת למקוטעין לו ידון רוחי לכם שומר פיו ולשונו מחטוא כי גם אנכי ידעתי כי כמה שדפסתי מעט דפסתי ואיכא בינייהו מסכ"ת עירובין גירסא דינקותא שותא דינוקא באין מבין קן קלמוסא אין אומר ואין דברים רק שבטו · אכן מה אעשה יודע כל שער עמי כי זקנתי ושבתי ואור עיני גם הם אין אתי ואין כי כח לצאת ולבא בד"ת לבור אוכל מתוך פסולת בוכרו בכברה איזוהי דרך ישר"ה הר"א אמ"ה ע"ש עם חשיכה לא יצא חייט במחטו · ובפרט כי עול הציבור תמידין כסדרן ומוספין שלא כהלכתן לא יתטני השב רוחי אדברה בשיחי לראות אם זך לבקי עוד זאת אודיע באמנה כי כמה וכמה פסקים רובא דמינכר שמיט"ה שמו"ע והיה העלמ"ה דלא שלטא בהו עינא ואיכא מינייהו שלחתים לקרית חוצות וליתנהו בחזרה לא מקלא ולא מינס " ואין תחילת העתקם משנה ראשונה תחת ידי יען כי בעת ובעונה ההיא לא היה בדעתי להדפיס אפילו עלה אחד גדולה או קטנה . וסדן אותי לכף זכות במדתו יקח חלקו יכר הטוב שופטו · יתר על כן כי אנכי עשיתי או"ם לגדולים חקרי לב יושבי על מדין אשר בהם כח להיות משיבין ולמידין והמה יראו אם יש ממש בדברי עיינוהו למערתא דדייני אחד לדין ואם אין את מאמר מרדכי הסת"ר עושה ותאמר הסת"ר למלך בשם **מרדכי**

הקדמת הרב המחבר

חיים צדקה וכבוד יתן ה' לאנשי שם אנשים של צורה מרימי דגל התורה המה היו לי לעזרה להגדיל
תורה ולהאדירה שולים זהב כספא וטבעא סלע ופונדיון · הללו טעונין ברכה אחת ארוכה ושישו
ושמחו לא פסיק חובא אתה ה' תשמרם וכצינה רצון תעטרם אורך ימים ושנות חיים כשער לבן מיקוי"א ופיס"יון
ומחוכם בעין השסתל טובים השנים זהב פרוים הנבירים הרמים המשו"ן כה"ר אברהם יצחק שמאע הי"ו
וכה"ר שלום לנייאדו נ"ירא הי"ו גם לרבות איש החסד מעטה תהלה מגזע היח"ס והמעלה שמו הטוב טמון
ברמז כי כך הוא רצונו דלא תיפוק ליה קלא ואני תפלה קראתי המה מטיבי ירווין מדשן הון עתק בנכסי
רבי בר מריון . חיים שנים ישלם שלמי תודה עלי לזכור לשבח למעלת הרב המובהק ואח לצרה כמה"ר
נסים חיים מודעי נר"ו יאיר נס"ו אשר אור תורתו זורח בעיר המהוללה אזמיר יע"א שהוא עמד
ועז"ח והשתדל בהדפסת ספרי זה ובהנהגתו בעל הגמול ישלם לו גמולו הטוב ·
ויאריך ימים ושנות חיים בגן רטוב . הוא ובניו איתו שלוה בכל גבולו . והעושר והכבוד לא ימוש מתוך אהלו
גם אני אברך להבנים בני הלא המה החכמים השלמים כוללי תהלות את שם האחד אליעזר נר"ו ואשר על
ידו השני כמה"ר יוסף נר"ו הם ובניהם יכלו ימיהם בטוב בגן רטוב ובכל אשר יפנו ישכילו המה יעלו על
גפי מרומי הצלחות על מי מנוחות ישלח עזרם מקודש ה' אלקים מציון · גם לי נאה לברך להבן יקיר לי
נזם זהב וחלי כתם בחכמתו משכיל על דבר ומבקש לאמתו החכם השלם כולל אישורין כמהר"ר **יצחק
לבטון** נר"ו יאיר זרע רב זה בני נאמן זרוע המיומן הרב כמה"ר חלפון לבטון זלה"ה תנצב"ה
בג"ע העליון . אשר בננו זה יצחק להמון קרי"א מתוך שבחו ערה בכל כחו למען דפוס ספרי
זה בכח השלחן הנה שכרו אתו הולך כבותו אחת שאלתי מאת ה' ירום ונשא וגבה כאורך ימים ושנות חיים
גם עד זקנה ושיבה ויעמד חי בשי"ר המעלו"ת בסודרא דרבנן מעפורת ואפיליון . הוא ואחיו איתו ה"ה הראשון
מעלת החכם השלם כמה"ר מרדכי נר"ו ואחיו נושא יכותן באמונה יראת ה' היא אוצרו כה"ר אברהם נר"ו
יחד כלם המה ובניהם עדי עד ירבו לרוב בבנים ובני בנים זרע רב עם **מרדכי**

חיים של בני ומתחנן יהא רעוא לשרים כאום ישועות משיחו הולך בכותו הושיעה אדוני המלך אנא ה'
הושיעה נא · הא כמה שני העבר ישרא"ל אסדריכהו לאפיה מיניה וביה גיתורי לא זזה
שכינה · עד מתי קץ הפלאות למופת ולאות הן אילו נא לקבץ על הנבאות ומשי"ח לפי תומו איומת אתי
בר כפלי ערות כיסוסף שמו ידין עמים דון מינה ומינה והבית בהבנותו אבני נזר מתנוססות על אדמתו
בעדי עדיים לא חלו בו ידים מעשה ידי שמים אבן שלימה מסע נבנה · והכהן המשיח זבח שלמים קרבנו
ולוי על דוכנו רוממות אל בגרונם וכל ישרא"ל מגדולם ועד קטנם ששים ושמחים יחדיו ירננו קול רנה · והיה
ה' למלך על כל הארץ מלכותיה מלכות עלם לעד לעולם בל הכתוב **לחיים**

הכ"ד החותם פה"ו היום ר"ח אדר הנהדר בשנת **ואחרי"ת** שלום לפ"ק הצעיר

חיים מרדכי

לבטון

ס"ט

ספר
נכח השלחן

א"ח סי' א'

א' הרמב"ם פי"ב מה' תפלה דין י"ז קטן היודע לקרות ויודע למי מברכים עולה ממנין עכ"ל כתב מרן וכתב רבי' שקטן צריך שידע לקרות דאל"כ אין קורין אותו לקרות בתורה וכדברי הרא"ש ז"ל ע"כ הנה נראה כדעת מרן שדייק מדברים אלו דדעת רבי' היא כדעת הרא"ש שהוא מכת האוסרים לקרות עם החזן לתורה אבל אנכי איש צעיר עמדתי על דברים אלו דמי הכריחו למרן לומר שדעת רבי' כדעת הרא"ש הא איכא למי' דרבי' הוא מכת המתירים דלא כדעת הרא"ש ומ"ש דבעינן קטן היודע לקרות הוא משום דבימי חכמי התלמוד לא היה הש"ץ קורא כ"א העולה הוא קורא ולכך בעי' דיודע לקרות דאל"ה היכי קרי ורבינו ז"ל לא הזכיר המנהג שנהגו דהש"ץ קורא וא"כ איכא למימר שעכשיו בזה"ז שהנהיגו שהש"ץ קורא אה"נ אפי' דאינו יודע לקרות שרי דשומע כעונה וכדעת החולקים על הרא"ש ז"ל דס"ל דמותר לקרות ע"ה לתורה ·

ואולם לפי חומר הנושא אפ' לומר דס"ל למרן דודאי אם היה רבי' מדבר על מנהג חכמי הש"ס שהיה העולה קורא וע"ז קאמר דקטן צריך שיהיה יודע לקרות מאין הרגלים לומר דיוציאו קטן שאינו יודע לקרות הלא העיקר היא הקריאה ואיך אפשר שאם אינו יודע לקרות שיעלו אותו לקרות בתורה ולא הוה צריך להשמיענו דין זה אלא ודאי דמאי דכתב מרן היודע לקרות היינו לזמן הזה שנהגו שהחזן קורא ואפי"ה צריך הקטן שיהיה יודע לקרות וכדעת הרא"ש ז"ל וזהו הנראה כדעת מרן ז"ל ולא ידעתי למה מרן בית יוסף בחר לו דרך אחרת בסי' קמ"ה שהביא דעת הפוסקים וכתב דמדברי רבי' איכא ראיה לאסור מדכתב אסור לקרות אפי' תיבה א' שלא מן הכתב ע"ש ובאמת דלכאורה אין משם ראיה וכמ"ש הרב משאת בנימין בתשו' סי' ס"ב ומאי לא ניחא ליה בדין זה דמיניה איכא הוכחה טובה דדעתו כדעת הרא"ש וכמ"ש הוא ז"ל ודוק ·

הלכות ברכות

ב' פ"א דין א' מ"ע מן התורה לברך אחר אכילת מזון שנאמר ואכלת ושבעת וברכת וכו' · והק' מרן מהא דאיתא בכל מערבין דהכל נקראים מזון חוץ מן המים ומן המלח ותי' דדעת רבי' כדעת בה"ג והובאו דבריו בית יוסף סו"סי ר"ט וז"ל וכתב סמ"ג מתוך בה"ג משמע שברכה א' מע"ג מן התורה דקאי וברכת אף אתאנים ורימונים דנכתבים ואין נ"ל דא"כ יברכו עליהם ג' ברכות ממש אלא ודאי דוברכת לא קאי אלא אלחם עכ"ל ואנכי העבד בעומדי על דברי סמ"ג אלו לדידי קשי לי שדבריו הם סוגיא ערוכה ויש להפליא לסברת בה"ג והרשב"א והרא"ש דסברי כוותיה והוא ממ"ש בש"ס אבל תאנים וענבים מברך עליהם ג' ברכות דברי ר"ג וחכ"א ברכה א' מע"ג ואמרי' התם מ"ט דר"ג ארץ חטה וכו' וכתיב ארץ אשר לא במסכנות תאכל בה לחם וכתיב ואכלת ושבעת וברכת וגו' ורבנן ארץ הפסיק הענין ופירש"י ז"ל וז"ל וברכת אכולהו קאי ובכולהו קרא ג' ברכות רמיזי כדאמרי' בפ' ג' שאכלו ארץ הפסיק הענין ולא קאי וברכת אלא אלחם לבדו ע"כ הנה מבואר מסוגיא זו דבין לר"ג בין לרבנן אי קאי וברכת אכולהו מברכינן ג' ברכות ול"פ אלא אי קאי אי לאו וא"כ הנך בדינן דמברכינן ברכה א' מע"ג וכסברת רבנן דפליגי על ר"ג ע"כ מוכרחים אנו לומר דס"ל דלא קאי וברכת אלא אלחם לבדו דהא רבנן לא מצי למימר ברכה א' מע"ג אלא משום דס"ל דארץ הפסיק הענין אבל אי ס"ל דקאי גם אז' מינין לא מברכינן אלא ג' ברכות ממש וא"ל מעתה דברי סמ"ג הם סוגיא ערוכה דאי קאי גם אז' מינין צריך לברך ג' ברכות ממש ומתמיהה על בה"ג וסיעתיה דסברי מרן דקאי גם אז' מינין ומברכין עלייהו ברכה א' מע"ג שהיא דלא כמאן דלרבנן דקי"ל כוותיהו לא ס"ל הכי ולע"ע ודוק ·

ג' שם דין ב' ומד"ס וכו' עמ"ש מרן ובס' יצחק ירנן כתב עליו וז"ל וי"ל דלפי המסקנא דש"ס שם מוכח דלאו מק"ו נפקא אלא מסברא בין לברכה דשאר מינין לפניו בין לאחריו וכ"כ הרשב"א בחי' וא"כ אמאי הביא מרן ס"ד דש"ס עכ"ל ולע"ד נראה דדעת מרן כיון דלברכה דלאחריו אית לן סברא דאסור ליהנות וכו' וא"כ משום ברכה דלפניו לא צריכא לסברא אלא מק"ו נפקא דהיינו שיש סברא יותר מאחריו וא"כ הך ק"ו אכתי קאי דבין אי אמרי' דטעם האחרונה משום קודש הילולים הוא ולפינן מז' המינים או מסברא

מסברא נפק"ל ברכה א' מק"ו וא"כ אכתי סברא קמייתא במקומה עומדת ובעת אין חו' הרשב"א אתי לראות בעיקר דבריו כן נר' דעת מרן הכ"מ ודוק:

ד' שם דין ו' וכל המשנה וכו' עמ"ש מרן בתי' א' ובתי' ב' ובסוף דבריו כתב וזה עיקר דאילו לפי' קמא קיקשי מי גרע מברך רחמנא מארי דהאי פיתא עכ"ל ומהרח"א בס' מ"ק דקי"ט ע"ב כתב וליתא דשם הוי פרט דהאי פיתא כמ"ש בתי' הא' ע"ק דגם שם הוי פרטית כמה נאה פת וכאנס וכו' עכ"ל ואחרי ביו"ק לעד"ן כונת מרן ז"ל ברורה והיא דאף דלעולם בין בבריך רחמנא בין בברוך המקום שברא מזכיר פת מ"מ קרי לה כוללת לפי שבשלמא בשאר ברכות כל ברכה יש לה נוסח בפ"ע והם רחוקות זו מזו אבל בברכות אלו בין אם אוכל פת או תאנים וענבים או דברים אחרים אינו משנה שום דבר אלא שם הדבר כגון אם אוכל תאנה אומר בריך רחמנא מאריה דהאי תאינה או דבר אחר ואף אם לא הזכיר לא פת ולא דבר אחר יצא וכמ"ש המג"א בסי' קס"ז א"כ בודאי הוי ברכות כוללות כיון דעיקר נוסחתם לא נשתנה כלל אלא בהזכרת שמות הדבר שאוכל דוקא משנה וזהו הנ"ל בדעת מרן ז"ל ודו"ק:

ה' שם וכל ברכה שאין בה שם ומלכות וכו' עמ"ש מרן לענין ברכת אלהי נשמה יע"ש ומה שתירץ הוא תמוה וכמו שתפסו עליו רבני האחרונים ז"ל יע"ש אך לעד"ן לתרץ בטוב טעם והוא דכיון דאנו אומרים בברכת אלהי נשמה אדון כל הנשמות ומושל בכל הבריות א"כ אין לך מלכות גדולה מזו כיון דמושל בכל הבריות וזה הגלי טעם נכון יותר ממ"ש בב"י בסי' רי"ד אחרי ביו"ק ודוק אך בהיותי בזה ראה ראיתי להלק"ט ז"ל בח"א סי' רס"ח שנשאל וז"ל מי שאמר בא"י אלהינו ולא הזכיר מלכות חשו' מלכות שלימה היא כמו שמע ישראל עכ"ל ודבריו תמוהים דקא פסיק ותני מלכות שלימה והלא תראה שהתו' ז"ל בברכו' ד"ט כתבו דבאבות בהי דלא מזכירנן מלכות היינו משום דיש בה אלהי אברהם שהיא כמו מלכות שהודיע אלהותו בעולם אבל אלהינו לית מאן דקא' לה דהא באבות איכא אלהינו ואפ"ה לא ניחא להו אלא באלהי אברהם וכן היא דעת כל הפוסקי' ואף שמרן ז"ל בדין זה נראה מדבריו דס"ל כוותיה מ"מ כבר תפסו דבריו בזה והוא בב"י חזר בו יע"ש בסי' רי"ד ועיין בס' מעש"ר מה שתי' ודבריו לא האירו יע"ש ואיך שיהיה דברי הלק"ט צ"ע ודוק

ו' שם דין ח' כל הברכות כולן לא יפסיק וכו' יש להסתפק דאם לעס ולא בלע מה דינו לענין דברים שאינן מענין סעוד' וראיתי להלק"ט ז"ל בח"ב סי' נ"ג שנשאל וז"ל מי שבירך ונתן אוכלין לתוך פיו קודם שהתחיל יטעם לאכול מהו שיוכל לדבר במה שאינו ענין סעודה · תשו' מההיא דמטעמת אין צריכה ברכה אין ראיה דהתם למ"ד ואפי' בבולעת עד רביעית וטעמא דלאו לאכילה מכוונת אבל במתכוין לאכול ונתן אוכלין לתוך פיו תחילת אכילה היא וטוב אין שם חשש דומיא דהא דאמרו דאין להפסיק בין ברכה לאכילה בדוקא עכ"ל נראה שהרב ז"ל ס"ל דלכתחילה מותר לעשות כן ול"ד למטעמת ודלא כמג"א ז"ל סי' קס"ז סקט"ו שעמד בזה והנ"ע אך מ"מ ק"ל איך כתב בפשיטות דלכתחילה יכול לעשות כן ולא שלטה עינו בדברי השל"ה שכתב דדוקא בדיעבד וכמ"ש המג"א והראיה שהביא הרב מההיא דבדיקה הא ליתא וכמ"ש השל"ה ומ"ש לחלק בין ההיא דמטעמת להכא אין כן דעת המג"א וכמ"ש בסי' ר"ו סק"ה ועו"ש וגו"ר דינו של הרב אינו מוסכם ולכתחילה ראוי לחוש שלא להפסיק כנלע"ד ודוק:

ז' שם דין ט' ואסור לברך וכו' דין זה מבואר מסוגיא דברכות שאמרו שם האשה יושבת וקוצה לה חלתה ערומה וכו' אבל לא האיש ע"כ ופרש"י וקוצה לה חלתה ערומה ואעפ"י שערום אסור לברך אשה יושבת מותר עכ"ל וכן דעת רבי' דמפרש לה לענין ברכה וכן היא דעת הטור וב"י בסי' ר"ו דהיא לענין ברכה ובזה ניחא לי במה שנסתפק גדול א' והביאו הרב מופת דורינו הגאון כמה"ר חיד"א נר"ו בקונ' טוב עין על מי שהיה חבוש בבית האסורין במקום הטינופת אם מותר לעשות שום מצוה בלא ברכה או דילמא גם המעשה צריך שיהיה במקום נקי ואינו מטונף ואסור לעשות שום מצוה יע"ש ולי אני הענ"י נראה דספק זה מתבאר ממה שפירש רבינו ורש"י והטור דלענין ברכה קאמר משמע דעשית המצוה בלי שום ברכה מותר דאי גם עשית המצוה אסור במקום טינופת למה להו לפרש טעמא משום ברכה הא אפי' בלא ברכה אסור משום טינופת דערום הוי טינופת אלא ודאי דס"ל דעשית המצוה בלתי ברכה לית בה סרך איסור כלל אפי' במקום טינופת ואינו אסור אלא משום הברכה כנז"ל עיקר ודלא כגדול הנז' ומופת דורינו שנסתפקו בזה ודוק כי ברור הוא כנלע"ד ·

ח' שם פ"ט דין ג' הביאו לפניו שמן והדס וכו' כתב מרן לא רצה לפסוק כר"ג משום דלאו מכריע הוא אלא כ"ט לדברי ב"ש עכ"ל ודע כי כן כתבו התו' בפ' הגוזל דקי"ו ובפ' כירה ד"ם האמנ' דעת ר"ת דהוי הכרעה גמורה כמבואר שם בתו' אבל איך שיהיה יש להרגיש לס' התו' ומרן דא"כ מאי קאמר בש"ס אני אכריע דכיון דלא הוי הכרע' אלא כ"ט וי"ל דכוונת ר"ג לא מכריע ממש אלא ר"ל אני אפרש וכן ראיתי למרן ז"ל בכללי הש"ס שכתב וז"ל ודע דבפ' אעפ"י אומר רשב"ג אני אכריע לדברי האומר כ"ד חו' וכו' ואין זו הכרעה לשום אחד מהפירושים והול"ל אני אפרש ונ"ל דלשון מכריע לאו דוקא וזה דומה למ"ש גבי שמן והדס אמר רבן גמליאל אני אכריע עכ"ל · הרי שפירש אני אכריע אני אפרש אמנם מ"ש וזה דומה למ"ש גבי שמן והדס וכו' איני מבין דבריו דהתו' כתב דהכרעה דרשב"ג אינה הכרעה לשום א' מהפירו' ובאמת כן הוא דאפי' למאן דס"ל דהכרעה לצד א' הוי הכרעה כההיא דר"ג דהכריע כב"ש אפ"ה הכא לא הוי הכרעה כלל דהתם נחלקו ב"ש וב"ה במנקת שמת בעלה בש"א כ"ד חו' ובה"א י"ח חדש וקאמר רשב"ג לדברי האו' כ"ד חו' מותרת לינשא בב"א לדברי האומר י"ח חודש מותרת לינש' בט"ו שאין

שאין החלב נעכר אלא לאחר ג' חדשים ע"כ בש"ס וא"כ כיון דרשב"ג מפרש דברי ב' איך אפשר דהוי שום הכרעה ובודאי צ"ל אני אפרש כמ"ש מרן ואם כן מה זה שכתב את"ך וזה דומה למ"ש ר"נ אני אכריע הלא הוא לסברת ר"ת הוי הכרעה גמורה וגם לסברת רש"י דס"ל דהכרעה לבד א' הויא הכרעה כמ"ש בפ' ראשית הגז דקל"ז ג"כ הכא הכרע' ר"נ הכרעה טובא וי"ל דכונת מרן היא דכמו דגבי שמן והדם למאן דס"ל דלאו הכרעה היא צ"ל הכוונה אני אפרש גם הכא בודאי אני אכריע צ"ל אני אפרש ואם"כ דהכא לכל הפי' צ"ל הכי כנ"ל ברור ·

אך ראיתי למהרש"א בס' יכין שמועה דל"ה ע"א שהביא דברי מרן וכתב פי' לפי' ר"י ורש"י אבל לפיר"ת שכתב בהגה"ל ובפ' בירה דההיא דשמן והדם היא הכרעה גמורה היינו הך דפ' אעפ"י כמ"ש הוא עצמו עכ"ל נראה שהבין הרב בדברי מרן שדומה כדומה ממש קאמר ולהכי כתב דלדעת ר"ת הכרעה דפ' אעפ"י הכרעה טובא ותמהני עליו איך כ"כ דהא ודאי אין שום צד לומר אפי' לס' ר"ת דהכרעה דרשב"ג הכרעה היא דהא רשב"ג מבאר דברי שניהם שלדברי האומר כך יצא הדין כך ולדברי האומר כך יצא הדין כך ואין מכריע ס' של א' מהם לא במקצת הדבר ולא בכולו ובודאי אפי' ר"ת ז"ל ומודה וזה ברור ופשוט ומ"ש וזה דומה כבר כתבתי דאין כונתו לדמותו ממש אלא כמ"ש ודוק ומה שנר' מדבריו דלדעת רש"י ההיא דשמן והדם איגה הכרעה וכס' ר"י א"כ כן לענ"ד וכמו שמבואר ברש"י פ' ר"ה הנז' וכ"כ הוא עצמו לעיל לדעת רש"י ע"ש כדל"ד ע"א ודוק

ט' פ"ט דין ח' ד' צריכין להודות וכו' וצריכין להודות בפני יו"ד וכו' עכ"ל ויש להרגיש דלמה לא ביאר רבי' הדין שאמרו בש"ס ר"י חלש עאל לגביה ר"ח כגרסתא ורבנן א"ל בריך רחמנא דיהבך לן וכו' א"ל פטריתון יתי מאודויי וכו' ודין זה נראה שהוא מוסכם ובהרי"ף ובהרא"ש איתיה ותמהי רבי' השמיטו וראיתי בס' מעש"ר שתירץ לזה שכיון שהדבר פשוט לא הוצרך רבינו להזכירו וסמך אמ"ש במ"א דאמן הוא במקום הברכה יע"ש ודבריו דחוקים לענ"ד ·

ודע דבנוסחא דידן בש"ס הכי איתא והא אמר אביי בעי לאודויי באפי יו"ד דעני בתרייהו אמן ע"כ והנה אמת דנוסחא זו היא תמוהה דהא הש"ס מקשה דהא בעי יו"ד וא"כ מאי משני דעני אמן הלא גם אי עני אמן מה יתן ומה יוסיף אי בעי יו"ד וכבר ראיתי להרו"ף ז"ל במאור עיני' שעמ' בזה והאריך הרחיב לתרץ ע"ש ואני אומר שאחרי המ"ר תמהני דאיך אישתמיט מיניה דרב ז"ל דברי הרי"ף והרא"ש וה"ר יונה ומרן בב"י ז"ל בסי' ר"ט שכתבו שגירסא העיקרית בתי' הש"ס דהוו בי יו"ד והא לאו איהו קא מודה לא צריכא דעני בתריהו אמן יע"ש וכ"כ מהרש"א בח"א ומעתה אין מקום לדברי הר"י פינטו ז"ל שבאמת נוסחא מוטעית היא שלפנינו והעיקר כנוסחת הראשונים ז"ל ·

והנה בענין מאי דאמרי' דבעי לאודויי באפי יו"ד אי היא דוקא לכתחילה או דילמא גם בדיעבד אם לא בירך באפי יו"ד צריך לחזור ולברך באפי יו"ד הנה הטור בסי' רי"ד ס"ל דדוקא לכתחי' אבל מרן ז"ל חלק עליו וס"ל דגם בדיעבד חוזר ומברך ביו"ד והביא בב"י שם שכן דעת הר"י ויעש"ב וראיתי להב"ר בסי' נ"ב שהביא ענין זה בארוכה ובתוך דבריו כתב דברים אשר הם לדעתי דחוקים מאד וז"ל הצריך לענייננו ותמהני על מרן איך לא הק' לרבי' מהא דפריך והאמר אביי צריך לאודויי וכו' ולדידיה דצריך הוא לכתחי' דווקא מאי פריך והא הכא דיעבד הוא ואשע"כ צריכין לתרץ כיון שלא בירך בעצמו אלא אמן בעלמא אכתי חשיב כלכתחי' וצריך לחזור ולברך דגם רבי' יסבור כדינו של הר"י ואין כאן הפרש בין רבי' לה"ר יונה ז"ל ומיהו יש לדחות דלרב יהודה גופיה פריך איך עשה כן לכתחילה לענות אמן בכונה לצאת י"ח מדאמר פטרתון הי"ל לכוין שלא לצאת כדי שיברך אח"כ באפי יו"ד ולפ"ז אף אם לא בירך בעצמו אלא ענה אמן בדיעבד יצא אף דלא הוי יו"ד שלא כהר"י ז"ל עכ"ל והנה כמ"ש ומיהו יש לדחות וכו' לא הבנתי כוונתו ז"ל דהא הש"ס מקשה על ר"י ב' קו' חדא דהא איהו בעי לאודויי ובודאי הש"ס בקו' זו דלא עני אמן דאי עני אמן בתי' הש"ס מעיקרא קו' ליתא וא"כ איך יקשה הש"ס בתב"ר והא בעי יו"ד דמשמע דעני אמן דע"ז מק' דלמה ענה אמן וכפי' הרב ז"ל וא"כ הש"ס מק' תרי קו' בפכיות ואפילו לנוסחת הרא"ש שהיא מובדלת קצת מנוסחת הרי"ף כמבואר למעיין שם עדין קשה אחר שפסק' שם בקו' קמייתא והא בעינן יו"ד ולמה ענה אמן ותי' דהיכא יו"ד מה מקשה עוד והא איהו בעי אודויי ותי' דעני אמן דהא איהו גופיה הש"ס ידע לה להאי סברא דעני אמן ומק' עליו ומתרץ ומה מק' עוד ולענ"ד כי לנוסחת הרי"ף ש"ס מק' בממ"כ אי ענה אמן אי לאו והכונה היא דממ"כ קשיא דאי לא ענה אמן היך אמר פטרתון יתי והוא בעי אודויי וכיון שלא ענה לא נפטר בכך ואי דענה אמן למה עשה כן והלא לכתחי' בעי יו"ד ותי' דאס"כ דענה אמן וא"ת לכתחילה בעי יו"ד הכא איכא יו"ד ואף שאין פשט הלשון מוכח כן מלשון הקו' וגם בתי' צ"ל הלשון מסופך מ"מ כנ"ל ליישב בדרך קריפות דברי הרב הנז' ואף לפי גי' הרא"ש דלא יתכן הפי' הזה אפשר לפ"ד הרב הנז' והוא מתחילה ידע הש"ס באמת דמאמר פטרתון יתי משמע דכבר ענה אחריהם אמן ומק' הש"ס דלמה ענה לכתחי' ותי' דהוו יו"ד ושוב הק' הש"ס דמדקאמר פטרתון מש' דכבר נפטר בעניית אמן והלא איהו גופיה בעי דלודי והכא אפי' קאמר אמן לאו איהו קא מודה ותי' לא צריכא דעני בתרייהו אמן והכונה כיון דאיהו עני אמן חשיב כהודה איהו גופיה ואין כוונת הש"ס לאשמועינן השתא חידושא דעני בתריהו אמן דהא ידעינן לה גם בקו' הש"ס קמייתא אלא לומר כיון דעני אמן תו ל"צ איהו גופיה ומעתה אתי תי' הב"ר ז"ל לפי נוסחת הרא"ש ג"כ דהש"ס מק' על לכתחילה ולענ"ד נכון לפרש כן ליישב דברי הרב הנז' ודו"ק ·

הלכות שבת

יו"ד פי"ד דין ט"ו כלים הרומים זה לזה וכו' לפיכך שמש שאינו קבוע אסור לו לבדוק כוסות וקערות וכו' כתב מרן בכ"מ רבי' כתב דמשחא אסור וכו' ות"מ יש לדקדק בדבריו ז"ל וכו' לכך נ"ל שגי' רבו' מורכבת מב' גרסות וכו' או דילמא אסור גם מדינא ומותין כיד העושה כן עכ"ל ואנכי איש צעיר קל"ט לתי' זה דא"כ מאי מסיים בתר הכי הש"ס ריב"א הלכה ומורין כן אם פי' דאסור ומורין כן מאי מסיים בתר הכי הביא דה"ל ר"א לדבריהו שבקיה ברביה ס"ל פא רביה ס"ל דאסור ומכ"ש אם הוא שמש שאינו קבוע בבית ר"א דאסור אף ברנפשיה וכמ"ש הכ"נ ואם נפרש דהלכה ומורין כן דמותר לא אפשר דהא אמרינן לשמש קבוע כדמשחא ובעת לא ראיתי שום ספר שעמד בקושייא זו וצריך עיון ·

הלכות קרבן פסח

י"א פרק א' מצות עשה לשחוט הפסח וכו' מכאן קשה להרב מהרמ"א ז"ל בפ' מ"ק דקי"ט שכתב וז"ל וי"ל דה"ט דק"ש קודם מ"ת מזמן יעקב גם שבת כמרה איפקוד ושייך לומר השביתה שהיינו עושין עד עתה ניתוסף מ"ע עכ"ל דהא הכא דנלטוינו עליה מקודם מ"ת וניתוסף מ"ע ואפ"ה כתב ח"ע לשחוט גם לדברי שכנה"ג ק"ל ממ"ש רבי' בפ"ח מה' אלו אכילת בשר בליל ט"ו מ"ע גם שם אכילת בשר פסח ב' מ"ע שהיא דאורייתא גם ק' להרב לחם יהודה בריש ה' שבת שכתב דשביתה כשביעי היא שב ואל תעשה משו"ה שביתה כתב בה שביתה כשביעי מ"ע דאעפ"י שאינו עושה שום מעשה מקריא מ"ע עכ"ד וליתא דהא בפ"א דמילה כתב מילה מ"ע ולא שייך טעם זה גם ק' ממ"ש בפ"א דשמיטה מ"ע לשבות מעבוד' הארץ והתם הוי כמו שבת דהוי שו"ת גם בפ"ט דשמיטה כתב מ"ע להשמיט וכו' אשע"כ הנלע"ד דרבי' ז"ל לא דייק בלישניה והרבה חילוקים נאמרו בזה ולא הונח לי מלשונות רבי' ואין כאן מ"ל ודוק גם מ"ש רבי' אכילת בשר בליל ט"ו מ"ע וגם הביא דפסח ב' ק' להרב לחם יהודה דהא הוי קום עשה וק"ל.

י"ב פרק ב' דין כ' יחיד ששחט וכו' עמ"ש מרן משם הרב אברהם בנו של רבי' והרב מלבי בקודש ה' ק"פ כתב וליתא דהא כן ר"י מ"ט נקט האי דלא תוכל לזבוח בא' ולמילף מיניה תרתי דילמא ה"ט דר"י מהבא כל עדת ישראל ועשו אותו דמר מבעי ליה לענין אהדורי ומר מבעי ליה לעיקר דרשא דאין שוחטין כלל על היחיד עכ"ל ולא הבנתי דבריו דהא ודאי גם השתא לפי האמת היקשי ליה אמאי ר"י לא הביא עיקר פסוק זה דיעשו אותו דכ"נ דאין שוחטין על היחיד וקרא דכאחד לדרשא דבמת יחיד וליתא דמר משמע ליה דיעשו אותו היינו אהדורי ומר משמע ליה עיקר דרשא וא"כ אדמיקשי ליה אדבריו הר"א תיקשי ליה לר"י גופיה וצ"ע·

י"ג פ"ד דין ו' מי שאבד פסחו וכו' יקריב היוצא שירצה לשם פסח והב' יקריב שלמים כתב מרן והאפשר לומר דרבינו סבר דמתני' דקתני הב' ירעה היינו כמ"ד כ"ח נדחים ומאחר דאיהו ז"ל סבר דאין כ"ח נדחים כמו שנתבאר בפ"ג מה' פהמ"ק ופט"ו מתעה"ק ממילא משמע שהוא עצמו יקריב שלמים עכ"ל ולכאו' ק' לזה ממ"ש רבי' בפ"ד דפסת"ק דין ג' וז"ל בא להמלך או"ל שיתכפר בזו שהפרים כדאשונה והשניה תרעה עד שיפול בה מום ויפלו דמיה לנדבה עכ"ל ולפי דברי מרן ז"ל היאך כתב והב' תרעה הלא איהו ז"ל פסק דאין כ"ח נדחים וכדכתב מרן הלא ודאי דלא תליא הך בהך ודברי מרן שתלה דין זה בדין כ"ח נדחים קשים לענ"ד וצ"ע ודוק ·

י"ד פ"ח דין ד' האכל כזית ומבושל לוקה א' וכתב מרן ז"ל בסופו פ' כ"ש אמר אביי אכל נא ומבושל לוקה ב' רבא אמר אין לוקין על לאו שבכללות א"ד תרתי הוא דלא לקי אבל חדא מיהא לקי וא"ד חדא נמי לא לקי כך היא גי' רבי' וידוע דהלכה כרבא אלא שיש לתמוה למה פ' כל"ק וכן פסק עוד בפי"ח מה' סנהד' וכבר השינו הרמב"ן ואפ' שטעמו משום דאמרי' א"ד וא"ד לא מקבריר כי הוי ל"ק והי הוי לישנא בתרא והילכך נקטי' לקולא ותה גם בדין מלקות שהוא כמיתה עכ"ל ולשון זה רבים היו תמהי' על דבריו כמ"ש והלכך נקטי' לקולא דהיינו ירא דפסק לחומרא דאי לקולא הו"ל שאינו לוקה כלל והרב בעל כנה"ג כתב שהוא ט"ס וצריך למחוק כ' תיבות אלו שבם ואפשר שטעמו ומ"ש משום דאמרינן קאי אהרמב"ן ע"ש וכאמת דהרואה יראה כלשון הרמב"ן ז"ל פשוט הט' כהשגתו על רבי' שאדרבה מבואר דהרמב"ן ס"ל דהילכתא כל"כ ולא כתב דלא מתבריר לן ומש"ה צריך לפסוק לקולא אלא שכתב דהו"ל לפסוק כל"כ ועוד דפ' נפשות להקל וא"כ מ"ש הכנה"ג דמ"ש מרן דלא מתבריר לן כי הוי וכו' הם דברי הרמב"ן הרואה יראה שדברי הרמב"ן הם בהפך ממ"ש הרב ז"ל וק"ל ואולם ראיתי להרב בעל שער אפרים ז"ל בת' סי' ח' שנשאל כלשון זה והשיב דבונת מרן ז"ל היא דודאי כיון שלוקה נפטר מעונשו ומשו"ה הי אמרי' דלוקה היינו קולתו שנפטר מעונשי שמים וז"ש מרן דנקטי' לקולא פי' אם לקם היינו קולא והביא דוגמא לזה ממ"ש סמ"ג מההיא דהעביר זרעו למולך יעש"ב ולדידי אחה"מ כדחזי אינגו בכון חדא דהא ודאי כפי הא"ד בתרא דס"ל דאינו לוקה כלל ודאי היינו מטעמא דהוי לאו שבכללות ואין לוקין עליו כלל וכודאי דהיינו טעמא דאין לוקין בוא משום דקרא דכללם משמע דזם קיל כמו לאו שאין בו מעשה דכלהו לא לקינן עלייהו משום דהוו קילי ואי לא לקי ודאי שעונשו קל יותר ממלקות וא"כ לפי הא"ד בתרא ודאי אי לא לקי ודאי עונשו קל יותר ממלקות ומה שהביא דוגמא לזה מההיא דהעביר זרעו למולך הרואה יראה דאין הנדון דומה לראיה דהתם ודאי ק"ו הוא ומה אם העביר מקצת זרעו חייב. אם העביר כל זרעו לכ"ש הלא ודאי נ"ל כמ"ש בסמ"ג משא"כ הכא הי אמרי' דלא לקי עונשו יותר קל דהכ' שכללם הקיל עליו ואם ילקה חומרא הוא ודבריו לא ינתו

מזור

מזור לדברי מרן ז"ל כי אין להם ע"מ שיסמוכו כאשר כתבתי והמעיין יבחר ונ"ע.

ובעיקר קו' מרן ז"ל ראיתי להרב ז"ל שכתב והוא כמה שיש להקשות למה אמרו בש"ס תרתי הוא דלא לקי אבל חדא מיהא לקי דהו"ל חלתא שוא דלא לקי דהא אשוי ש"ל דלוקה ג' ומזה הכריח לומר דודאי כא"ר בתרא וקמא כולהו ס"ל דהם אבל נא ומבושל דלוקה ש' משום אל תאכלו ממנו נא ובשל אמנם מחלקתם הם לוקין הב' אחרים או לא ושא"ר קמא ס"ל דמלבד מה שלוקה ח' לוקה נמי אחד אבל הא"ד בתרא אפי' א' לא לקי פי' מהב' הנשארים אבל מ"מ לוקה אחד אף לא"ר בתרא ורבי' פסק כא"ר בתרה זהת"ד יעו"ש ודבריו קשים מת"ש במנחות פ"ד דאביי סבר אם הקריב שאור ודבש לוקה ב' או ד' בתערובת ורבא אמר אין לוקין על לאו שבכללות וגם שם יש א"ד וא"ד כדהכא והתם לא שייך פי' הרב וכמה סוגיות יש דלא. וכונו לפירוש הרב ז"ל אלא ודאי דליתא ודוק כי קצרתי. והרמב"ם ז"ל פ"ה דאיסורי מזבח פסק דאם הקריב שאור ודבש לוקה א' כרבא יעו"ש ואנכי איש צעיר ק"ל דאמאי בפ"ה מה' נזירות שינה את טעמו ופסק דאם אכל זג ותרצן לוקה ב' ולדברי רבינו דפסק בה' הי"מ דשאור ודבש לוקה א' גם בה' נזירות הו"ל לפסוק דלוקה וראיתי להרמב"ן ז"ל בשו' ט' שהקשה על דברי רבינו מת"ש בההיא דנא ומבושל דאינו לוקה אלא א' ואמאי בה' נזירות לא פסק כן כמ"ש אני הצעיר מה' א"מ ובתוספי בהמתחו' הספרי' ראיתי לה' ינחק ירכן בפ' זה דין ו' שהביא קו' זו מתמיה דהרמב"ן וכתב ליישב משם המג"א דשאני זג ותרצן דבאה הקבלה דלוקה על כל אחת ואחת מש"ה פסק דלוקה ע"כ א' משא"כ בנא ומבושל דלא באה הקבלה ללקות עכא"ו ומש"ה פ' דלוקה א' ובעת אין בס' המג"א מצוי אצלי לראות עיקר דבריו אבל ראיתי שכתב עליו הי"ב שנז' וז"ל מהרי דאברהם ובי אחר אביו ורבא באה הקבלה ללקות עכאו"א וכו' עכ"ל וליתא דהשתא לפי"ז כ"ל דמה שנחלקו אבו"ר הוא דוקא על כל אשר ילא מגפן היין אבל בקרא דמחרצנים ועד זג כ"ע מודו אפי' לרבא דסבר דאין לוקין על לאו שבכללות בהא מודה כיון דבאה הקבלה ללקות עכאו"א ול"פ אלא במכל אשר ילא מגפן היין וזה ברור למעין. איברא דהעיקרא דמלתא כתי' הרב מג"א הככי שרואה דאין אלו אלא דברי נביאות דמי הגיד לו להרב ז"ל דכך באה הקבלה ללקות ע"כ אחת ואחת דמי גילה רז זה דהלא מלינו להרמב"ם ז"ל בעיקר הטעם סידר הדברים שבאו בכללות ובאה הקבלה ללקות ע"כ או"א ולא מנה זה בכלל ובעת נ"ע.

איברא דאעיקרא דמלתא לקו' הרמב"ן ז"ל נ"ל לומר והוא דרבינו ראה הירושלמי דנזיר דקאמר שם והא כתיב וכל משרת ענבים לא ישתה וכתיב מחרצנים ועד זג לא יאכל מעתה כיון שחזר וכלל לא יהא חייב אלא א' אמר לון אלו כתיב חרצנים וזג יאות כיון דכתיב מחרצנים ועד זג לחייב ע"ז בפ"ע וע"ז בפ"ע עכ"ל וכדי להשוות הירושלמי עם ש"ס דילן דלא לאפושי פלוגתא ועוד דטעם הירושלמי טעמא דמסתבר הוא פירוש רבי' דמה שנחלקו אבו"ר דוקא על כל אשר ילא מגפן היין אבל מחרצנים ועד זג כולהו מודו דלקי ב' כיון דלא כתיב חרצנים וזג אלא מחרצנים ועד זג וכדברי הירושלמי ומעתה הולא לה מגנד קו' הרמב"ן ז"ל והירושלמי הזה הביאו הרמב"ן בשורש הט' ומהתי' מהרמב"ן כיון שראה הירושלמי מאי מק' לדברי רבי' דהא ודאי א"ש כמ"ש ונ"ע.

וראיתי להרב לרור החיים שהביא דברי מרן ז"ל והק' עליו דאיך כ' נקטי' לקולא הלא קי"ל דבשל תורה הלך אחר המחמיר וכ"כ משם המג"א ובעת אינו מצוי אצלי אמנם נ"ל דלק"מ דלא אמרי' דבשל תור' הלך אחר המחמי' אלא באיסורא אבל כגון הא דהוי ס' נפשות כמו שסיים מרן ז"ל וכתב ומה גם בדין מלקות שהוא כמיתה דבודאי נקטי' לקולא וכן ביאר הרמב"ן ז"ל בהשגתו על רבי' שכ' וז"ל ועוד דס' נפשות הוי ופטור ע"כ והרי הוא כמבואר דדברי מרן יש להם על מה שיסמכו ודלא כהרב לרור החיים ככ"ל ודוק. גם את זה ראיתי להרב כנה"ג שישב דברי רבינו מקושית מרן והוא דכיון דמלינו ברייתא דמסייעים לא"ר קמא דסבר דלוקה אחד מש"ה פסק כוותיה יעו"ש והא ניחא לסוגיין אבל לסוגיא דמנחות דלא מלינו שום סיעתא לא"ר קמא יקשה דאמאי פסק כוותיה וכן הרואה ירא' דבכמה סוגיות אפי' דלא יש שום סיעת' לא"ר קמא פסק רבינו כוותיה א"ו דליתא וק"ל.

ט"ו פיו"ד הלט"ו מה בין בפסח ראשון לפסח שני הראשון אסור וכו' כתב הרב חק נתן ז"ל בליקוטיו להרמב"ם וז"ל וקשיא לי אמאי לא קאמר נמי שהראשון טעון ביקור והשני אינו טעון ביקור כדאיתא בגמרא ודוק עכ"ל ולע"ד נראה דרבינו ז"ל ס"ל כס' התוספתא דלא מני לה וכתבו התוס' דטעם דלא חשיב אלא הנך דנוהגים בפסח לברו וביקור נוהג נמי בתמיד וגם רבי' לא מנה אלא דברים הנוהגים בפסח לברו כמו התוס' אך קשיא לי למה לא מנה רבי' שהא' נשחט בג' כתות והב' לא כמ"ש בתוספת' ואם ס"ל דכיון דבש"ס דילן לא מני לה א"כ נראה דפליג על התו' הא ליתא דהא כתב רבינו שהא' מביאין עמו חגיגה שהיא מן התוספתא ולא הוזכרו בש"ס ונ"ע.

הלכות שקלים

ט"ז פרק ד' דין ב' המותרת ובלי שרת מלותן שיכואו ממותר הנסכים וכו' הנה מרכתב רבינו מלותן שיכואו וכו' נראה דאפי' אי איכא קמן דברים אחרים יהיה מה שיהיה עיקר שמלום היא ממותר הנסכים ונראה שכך הבין רבינו בפי' מחלוקת של ר"י ור"ע"ק שמר ס"ל דעיקר המ' מד"כ ומר ס"ל שעיקר המ' מת"ה אפילו אי איכא דברים אחרים כגון נותר קדשי ב"ה וזהו הנראה מדסתם רבי' וכתב מלותן וכו'. ולפי זה יש לתמוה שא"כ רב ור"ה שאמרו בש"ס דנסכים באים מקדשי ב"ה פליגי אר"י ור"ע"ק ובשלמא בלא דברי רבינו איכא למי' דמכרסי לה רב ור"ה להאיא דר'

ור"ע

ור"ע כשנכנו ולא התירו אבל בהותירו מקדשי ב"ה אבל לרבינו שנראה מדבריו שאפי' כשיש דברים אחרים כגון שהותירו מקדב"ב אפ"ה מלוחן כדמי נסכים לרע"ק וה"ה כח"ה לר"יק"ט וזו היא לדעתי קו' מרן ז"ל ואף כי כיאה מסתם דבריו כי עיקר קושיתו על הסוגיא לכר לדעתי כי אין קושיתו בסוגייא אלא לפי פי' דברי רבינו כה' אבל בסוגיא איכא למימ' דלק"מ ומעתה מ"ש הרב מ"ל וז"ל ולא ידעתי מאי קשיא ליה למרן דהא לפי המסקנה ר"י ור"עק לא איירו אלא היכא דליכא מותר בכ"ה אבל היכא דאיכא מותר ב"ע מודו דמקדשי ב"ה לוקחים ב"ש וכו' ע"ש ואחרי נשיקות עפרות רגליו תי' זה לא יכון אלא בסוגיא עצמה דוקא אבל לפי' רבי' אין נראה כן וכמ"ש וע"ז קיו"ן מרן דרב ור"ה מפרשים דכי אמרו ר"י ור"ע מד"ן או מח"ה להו דוקא הני אלא נם בקדשי ב"ה בשלב ב"ד מתנה עליהם להיות קרושתן כדמי נסכים ש"ד או לר"י כח"ה ומאי דנקטי ד"ן וה"ה להו דוקא הני אלא נם קדשי ב"ה דינא הכי אלא שמר ס"ל שלב ב"ד מתנ' עליהן להיותן "כדמי נסכים ומר ס"ל שלב ב"ד מתנה להיותן כח"ה ומעתה רבינו שכתב כדמי נסכים ה"ה שנכנסו מותר קדשי ב"ה שלב ב"ד מתנה עליהם לעשית קרושתן כמותר הנסכים ולפי זה רב ור"ה אר"י ור"ע ומעתה מ"ש המש"ל על תי' מרן וז"ל לא ירדתי לסוף דעתו וכי ב"ד יש להם כח לשנות קדשי ב"ה ולומר שהם מות' נסכי' או ח"ה וכש"ם לא אמרו אלא דלב ב"ד מתנה שאם לא הוצרכו לב"ה שיהיו לב"ש אבל שיאמרו ב"ד שאם לא הוצרכו שיהיו מ"ן או ח"ה ז לא שמענו עכ"ל ואחרי כיו"ק כן היא כונת מרן שלב"ד מתנה שאם לא הוצרכו שיהיו קדושים לב"ש כדין מ"ן ויהיו קדושתן שוין בשיעוריהן ומשום ב"ש ומ"ש בש"ס ר"י ור"ע דמר אמר מלוחן כד"ן וה"ם כמותר קדב"ה דלב ב"ד מתנה עליהם שיהיו קרושתן גדולה כד"ן ור"י ס"ל מח"ה וה"ה קדב"ה לב"ד מ"ע שיהיו קדושי' כח"ה הו נ"כ דעת רבי' אבל מ"מ יש לתמוה על רבינו למה השמיט דבאים מקדב"ה היכא שהותירו ולהשמו' דלב"ד מ"ע שתהיה קרושתן כדמי נסכים שמסתמיו' דברי' רבי' נראה דדוקא מדמי נסכים הם באים והי"ל לבאר כונתו ולקו' זו הניח הדבר בל"ע מרן ומעתה עלו דברי כהונן בכל דבריו לייסב קושית המש"ל מעליו ודו"ק׃

חלק יו"ד הלכות נדרים

א' פרק י"ב דין י"ט נדרה ועברה על נדרה קודם שיפר לה אביה או בעלה

אעפ"י ששמע בו ביום והפר לה ה"ז חייבת ע"ד שעברה. בו אם מלקות מלקות ואם קרבן קרבן עכ"ל וכתב הרדב"ז בס' יקר תפארת וז"ל היינו רישא דהך מהני' דהאשה שנדרה בנזיר וכו' דבעל מינז גייז משעת הפרה והולך ולא מעיקרא עכ"ל ואחרי כער"ק שלא בדקדוק כתב כן דהא המעיין בדברי רבינו בהחי' פי"ג נראה דעתו דהבע' עוק' מעיקרו וכת"ש שם בפי' יע"ש וא"כ איך כתב הרב דבעל מינז גייז משעת הפרה והולך ואין כן דעת רבינו ז"ל וככר הכ"מ האריך שם וכ"כ לדע' רבינו ומ"ש הרב הוא דעת הרא"ש והרמב"ן וברור הוא׃

והנה הכ"מ שם הביא דעת הרא"ש ז"ל דס"ל דמכאן ולהבא הבעל מיפר וכתב עליו הילכך אם עברה על נדרה ואח"כ הפר לה בעלה לוקה משא"כ בח' וכך הם דברי תשו' להרמב"ן עכ"ל ודברי הרב המה תמוהים דמשמע מדבריו דדוקא לדעת הרא"ש הדין כן אבל הרמב"ם אינו מודה בדין זה והא לית' דדין זה כתבו רבינו הכא וככר עמדו על דבריו הרמ"ל והרב מטה יוסף בח"א סי' יו"ד והמש"י חשב לתרץ דהאי הילכך קאי אהחי' דבריו שכתב דהשתא אתי שפיר דברי רבינו עם פשיטותיה דפשטינן דבעל מינז גייז והאי קאמר הילכך וכו' אבל א"א לומ' כן שהרי כתב אח"ך וכך הם דברי תשו' להרמב"ן ודאי קאי על דברי הרא"ש שכן מצאתי בתשובות המיוחסות להרמב"ן סי' רמ"ב שכ' שלשון לא יחל לא יתיר והענין דמתיר הקשר שחוזר הענין כאלו לא היה וכאדם שמלא חבל קשור והתירו והרי הוא כאלו לא היה וז"ש שפת' עוקר הנדר מעיקרו וכו' משא"כ בלשון הפרה שהוא כדבר פישנו אלא שיש מעכב להשלימו וכו' ע"כ מדקאמר שיש מעכב מלהשלימו מש' דס"ל שאינו מפר אלא מכאן ולהבא כדברי הרא"ש עכ"ל ואחרי המחי"ר דבריו תמוהים דאיך אפשר דדברי הרמב"ן הם כדברי הרא"ש הלא המעיין שם ראה ירא' דעיקר השאלה היא לדעת הרמב"ם ז"ל ואיך כתב התשו' שלא כדעת הרמב"ם וכדעת הרא"ש אתמהה ומה שדקדק הרב מלשון שיש מעכב מלהשלימו אינו דקדוק די"ל ככוונתו דהח' עוקרו כאלו לא היה כלל אבל הבעל עוקרו מעיקרו אלא שיש שם נדר בעולם ועוקרו ואין הכרח מדברי הרמב"ן לומר דס"ל כדעת הרא"ש אלא כדעת הרמב"ם וא"כ השתא א"ש הלכך וכו' שהוא קאי על דברי הרמב"ם ומ"ש וכך הם דברי תשובות להרמב"ן קאי בשיטת הרמב"ם אבל באמת הלשון דחוק מלד עלמו כאשר יראה המעיין ופשוט ודוק

והנה אמת שדעת רבינו היא דבח' אם עבר ואח"כ נשאל דאינו לוקה וכמ"ש רבינו בפ"ו מה' שבועות ע"ש וטעמא כמ"ש בש"ס דחכם מעקר עקר ובעל מינז גייז ומעתה כה קאמר לבית יעקב שב' בסי' ר"ן וז"ל הצל"ע דהא ודאי פשוט דאם הנזיר עבר על נזירותו חייב מלקות אף אם נשאל על נזירותו אח"כ כיון שנתכוון לאיסור ועבר עבירה מתחילה אינו מועיל התרה לפטרו ממלקות וראיה ברורה ע"ז מ"ש הרמב"ם פי"ב מה' נדרים הי"ט נדרה וכו' ע"ש הרי בהדיא אם נתחי' עבר על הנדר או על נזירות חייב מלקות אעפ"י שהתיר הנדר אחר כך ע"כ ועוד סיים שם וז"ל אלא דק' ע"ז מדברי הרמב"ם פי"ג דק"ך וכו' ועוד מאי דאמרי' בשבו' דב"ח הפך דברי הרמב"ם דאם עברה לוקה ע"ש שהאריך ואתמהה דנזה דמות יערוך התרת חכם להפרת בעל וככר רבינו פסקם לסו' דשבועות כמש"ל וכאמת דלא דק הרב בזה וגם אשמיט מיניה דברי רבינו בה' שבועות ול"ע רב ושו"ר למהר"ץ אשכנזי בתשו' סי' ר"ז שהקשה בזה ע"ש ודוק

ב טיו"ד סי' ר"ו. האומר אני נודר שלא אוכל וכו' והרמב"ם כ' האומר פירות פ' אסורים וכו' כתב מרן וז"ל. הרא"ש האו' אני נודר וכו' ודוקא דאמר מודרני דאסר על עצמו הנאת חבירו וכו' עכ"ל ועפ"י חילוק זה פסק מרן בשה"ע. סעי' ס' כהרא"ש דנדר. בל"ש אפי' יד לא הוי וכסעי'. א' פסק כלשון הרמב"ם האו' לחבירו מודרני ממך שאיני אוכל לך אסור ע"ש דשאני ליה בין מודרני לשאני נודר וכמ"ש הרא"ש וכ"כ הש"ך סק"ט והחק"ל ביו"ד ח"ב סי'. ל"ג כ' וז"ל ולי נר' להביא ראיה שדעת הרמב"ם דנדר בל"ש הוי נדר ממ"ש בפ"ה דנדרים אבל אמר מודר אני ממך שלא אוכל לך וכו' וע"כ שהגורסים שאיני ביוד ס"ל דנדר בל"ש הוי נדר דהא שלא אוכל הוי ל"ש וכו' ועל הב"י ק' איך לא הביא הכרח זה עכ"ל וקושא עליו דמה ראיים מהאי דמודרני דשאני התם דאסר ע"ע הנאת חבירו וכמ"ש הרא"ש וכההיא כ"ע מודו ולפי דעתו הו"ל לתמוה על מרן שפסק כהרא"ש וכתב לשון הר"מ דהם סותרי' זא"ז ודברי הרב כאו שלא כהשגחה וצ"ע עוד כ' החק"ל וז"ל ודעת הר"ן ממ"ש בריש נדרים נראה דעתו דנדר בל"ש ושבו' בל"ן לא חיל אלא שבסוף דבריו הביא ס' הרמב"ם דהוי ידות עכ"ל וגם בזה לא דקדק כלשון הב"י שעל דברי הרא"ש כ' והר"ן כ' מ"ש דדעת מרן דהר"ן פליג אדברי הרא"ש דא"כ הו"ל לכתוב וכ"כ הר"ן בשם ר"ת והר"י ן' מיגאש אבל הרמב"ן וכו' וכ"כ כפי' כתשו' בספרו אבקת רוכל סי' קל"ח וכ' שזה פשוט וביור מדהביא דעת הרמב"ן בהאחרונה ע"ש וכן הבין מהרשד"ם בתשו' חי"ד סי' ע"ה מלשון זה ע"ש בד"מ ויש ע"כ מש"ם

עוד כתב החק"ל אכן ראיתי להר"ן. בנדרים ד"ד ד"ה ה"ה כתב בסתם דנדר בל"ש הוי נדר משום ידות ש"מ שמסכים לדעת הרמב"ן עד כאן ואחה"מ ל"מ כלל דהמעיין יראה כפי' הר"ן דכ"כ אליבא דמאן דנדים שאיני ביו"ד שהוא דעת הרמב"ן וע"ש בסו"ד הכי דוניהוכמש"ל היינו מש"ל אליביה דהרמב"ן דדוקא משום יד אסור אבל נדר גמור לא הוי והדברים פשוטים וארוכה ממ"ש הר"ן כפי' דו"ר על משנה קונם שאיני ישן וכו' דהניה בכולהו שאני ע"ש מש' דלא ס"ל כהרמב"ן והל חתמה ממה דבריש נדרים במודרני מיתך וכו' דלא הכריע הר"ן וכתב איח דגרסי שאני ואיח דגרסי שאיני ע"ש דשאני התם במודרני וכמ"ש הרא"ש הגם דס"ל דנדר בל"ש לא מהני במודרני מודה ומש"ה לא הכריע אבל בקונם שאיני ישן וכו' הכריע דגרסי' שאני ותמהני על הפוס' שלא הכריחו מזה וצ"ע

ג' שם סי' ר"ח כתב הב"י כ' הרשב"ץ בתשו' מי שנשבע שלא ישא אשה וכו' שלא יעשה נשואין עמה וכו' שלא תהיה אשתו עכ"ל מלשון הרב מבואר דכ"ד היה בנשבע על אשה מיוחדת ומדוקדק בנ"ש שלא יעשה עמה נשואין וכן שלא תהיה אשתו ומ"ש בתחי' הדברים בש' שלא ישא אשה היינו שלא ישא אשה וכו' וכן מבו' כפי' בתשו' הרשב"ץ עצמו בח"א סי' קנ"ז עש"כ ומעתה מ"ש הש"ך סקט"ו וז"ל ושבו' חלה בכה"ג אע"ג דמקבטל ממלות פו"ר ע"ש שכתבתי. בשם א"ז ראין השבועה חלה ע"ש אחרי נע"ר ליתא כלל דבכה"ג ליכא כלל ביטול פו"ר דאפשר באחרת וליכא מאן דפליג כלל. ואפשר דכונת הש"ך אינה ענין לנ"ד דמרן אלא בכגון שנשבע על סתם אשה ודין מחודש אתא לאשמועינן ודוחק וצ"ע ודוק היטב.

הלכות תרומות

ד פרק ד דין ט' האומר לשותפו וכו' עיין מה שהשיג הראב"ד ומ"ש מרן

ועוד יש לתמוה דהתם בקידושין איתיביה ר"י לר"ל וכו' כתב הרב שער המלך וז"ל והם דברים תמוהים שהרי ללישנא דרב זביד אפי' בדבור שאין בו מעש' ס"ל לר"ל דלא אתי דבור ומבטל דבור וכמבואר והם כונתו לומר כיון דלישנא קמא מייתי לה הש"ס בסתם לא היה לו לפסוק כר"ז אלא כלישנ' דסתמא ד' הש"ם אכתי קשה מה שהקשה עוד וז"ל ועל הירוש' יש לתמוה אמאי לא משני כדמשני בגמרא דידן ומאי קשה הא איכא למימר דהירושלמי ס"ל כלישנא דר"ז עכ"ל ואחרי המחי"ר כדחזי לא הבנתי כונתו כמ"ש הא איכא למימר דהירושלמי ס"ל כלישנא דר"ז דהא אפי' נימא דס"ל כר"ז עדיין קשה אמאי לא שני כדשני בש"ס דידן דקדש בעה"ב וחרס את בריו ונ"מ טובא לענין דינא דלהירושלמי אפי' עשה מעשה בסוף לא אתי דבור ומ"ד ועוד דאם סיכה ביטל ואם לא סיכה לא ביטל ולש"ס דידן בין אם סיכה ובין אם לא סיכה אתי דבור ומבטל דבור ומכ"ל להירוש' לפלוני בין אם סיכה ללא סיכה לא לשני כש"ס דידן דהו"ל מעשה דסוף דקדש וחרס וגם ע"ז קשה קושית מרן ז"ל והנה מה שסיים מרן ז"ל משם מהרי"ק דכיון דרבא ס"ל כר"ל ופסק כותיה צ"ע דאם כן למה רבינו ז"ל פסק כהירוש' דתי' בין אם סיכה ללא סיכה הו"ל לפסוק דאם קדש בעה"ב וחרס ביטל שליחותו אף אם לא סיכה ומכ"ל לרבינו ז"ל להניח דברי רבא ולפסוק כדברי הירושלמי דהוא הפך הש"ס וצ"ע.

ה' שם פרק י"ג מה' תרומות דין ו' סאה תרומה וכו' עמ"ש הראב"ד וכתב מרן ומ"מ יש לתמוה למה לא פירש דלפרושי מילתי' דר"ש היא ולא לרבנן עכ"ל ודבריו תמוהים דא"כ הי"ל לרב"ש כר"א כזמן שידע אבל כזמן שלא ידע אסורה דהא ר"ש מתיר ועליה קאמר כר"א וכן ראיתי למהר"י קורקוס שכתב על דברי הר"ש והר"א וז"ל אבל הר"א מפרש דר"א לחלוק את"ק אתא וכו' ויש סיוע בירושלמי לפי' וכו' וכ"כ הר"ש ולפי זה כד"א השנוי בתוס' הוא לדעת ר"ש ואם הדבר כן איפכא הו"ל למנקט וכו' יע"ש וא"כ מאי קא מתמה מרן ויש ליישב דה"ק אמאי לא נימא דלפרושי מלתא דר"ש וכימא הכי רהב"ם דקאמר כר"א הוא כונת ר"ש ור"ל דר"ש דקאמר מותר הכי קאמר להו לרבנן כר"א כמו שאתם אומרים שאסור דוקא כשלא ידע וכו' ואין הכונה שהוא מחלק אליבא דר"ש אלא דלפרושי מילתיה אתא דכי קא' להו לרבנן ה"ק להו כמה דבריכם המורים דוקא בשלא ידע ונראית כזה דיסיה דעת רהב"ם כהירוש' וכללא הוא אפושי פלוגתא לא מפשינן זו היא

לדעת מרן בקושיתו אמנם לדעת רבינו ז"ל דטפי ניחא לאוקומי התו' כפשטא בדרך כר"א שבתלמוד ואפי' אי גירסא דעלנא הירושלמי זה נ"ל כדעת רבי' ז"ל וק"ל וראיתי להרב מהרי"ק הנז' שכתב וז"ל ואין לומר דר"א מכריע הוא ולכך תפס רבי' כדברי המכריע וכו' ועוד דאין הכרעה שלישית מכרעת וזו היא הכרעה ג' כיון שהם לא הזכירו בין ידע ללא ידע וכו' עכ"ל ואני אומר דאחרי נשיקת עפרות רגליו אי מהא לא אריא כ"כ דהא באמת דכן פי' רש"י בפ' הגוזל דקי"ו וכ"כ פ' ראשית הגז דקל"ז וכ"כ התו' בפ"ה הנז' בד"ה הכרעה מ"מ עין רואה דר"ת ור"ש ז"ל בס' הכריתות לא ס"ל הכי ועיין בדברי הרב יבין שמועה דל"ד ע"כ וא"כ מאן לימא לן דרבינו לא ס"ל כר"ת ור"ש ודלא כרש"י ותו' ולדידי דיותר מזה היה לו להרי"ק ז"ל לומר דכיון דהכרעה זו היא בבריתא ולא במתני' וכלל זה לא נאמר אלא במתני' וכמ"ש הרי"ף בפ"ק דקדושין וכן היא דעת רבינו בפ"ה מה' עבדים דין ה' וא"כ ודאי אינו מטעם דר"א מכרי' ותפס כדברי המכריע דאין הלכה כהכרעה זו וכמ"ש ועיין במ"ש אנכי איש צעיר בפ"ה דבית הבחיר' דין ח' ודוק

הלכות בית הבחירה

ו' פ"א דין ח' כשבונין וכו' כ' מרן והכרעת רבי אינה הכרעה מפני שהיא הכרעה ג' וכו' ותמה הרב משנה למלך שהרי דברי רבינו אינם צריכים הכרעה וכו' כי אם לתת טעם לדברי ר"י וצ"ע עכ"ל הנה אמת ודאי דדבריו אינם צריכים חיזוק אבל באמת כן כתבו התו' בפ' הגוזל בתרא דקי"ו בד"ה הכרעה וכו' וכן בר"מ שאם תנא אחד ושבור בתנא אחר לא יקרא בכך מכריע וכו' ע"ש וי"ל דמאי לא הביא המש"ל ראיה מדברי התו' הללו ואולי דמפשט פשיטא ליה לרבינו ואין הדבר צריך ראיה אמנם באמת עין רואה דמלתא בדנא לאו מלתא דפשיטא היא דמלינו מרבוותא קמאי דסברי דכל כי האי הכרעה טובה היא האחד רש"י ז"ל בפ' ראשית הגז דקל"ז שע"א בד"ה והאמר מר וכו' דהכריע לשון כף מאזנים הוי כשניהם חולקים ובא שלישי ומכריע שמשקל כאחד מהם או בכל דבר או בקצתו כזה ובקצתו כזה עכ"ל השני הוא ר"ש ז"ל בס' הכריתות כ"ח לשון למודים ש"ב סי' ו' וז"ל היכא דאשכח וכו' אבל בשתנ' ח"ל כחד מנייהו לגמרי או כחד מנייהו בדבר אחד הלכה כמותו דהו"ל מכריע וכו' יעו"ש הרי לדעת רש"י ור"ש דהיכא דהתנא אחר מכריע ונותן טעם לדברי שאחד הלכה כמותו וא"כ הנ' דרבי הכריע דעתו כר"י הלכה כמותו אבל אכתי לא ולאנו ידי חובת ביאור דברי מרן ז"ל בתי' שתי' מפני שהי' הכרעה ג' דהא לסברת רש"י ור"ש אין זה הכרעה ג' אלא הכרעה טובה היא ואם נאמר דכונתו דלא קימא דהכרעה טובה בס' רש"י ור"ש וקשה עליך למה לא פסק רבינו כרב ותי' כדעת התו' דאין זה הכרעה וכמ"ש התו' בפרק הגוזל הנז' עדין יקשה עלינו מ"ש מפני שהיא הכרעה ג' דלדעת התו' לא מקרי זה הכרעה ג' אלא שאין זה הכרעה כלל ואולי מ"ש מפני שהיא הכרעה ג' נ"ל מפני שהיא הכרעה ג' ר"ל הכרעת רבי אינה הכרעה מפני שהוא נו"ט לר"י והיא כדין הכרעת ג' דלאו היא כדאיתא בספ"ק דפסחים דהכרעה ג' לאו הכרעה היא ודלא כרש"י ור"ש זה נ"ל בדעת מרן ודלא כהרב מ"ל שכ' דפשיטא דלא שייך כאן לו' הלכה כדברי המכריע דלדידי כל כי האי צריך למגמר לאפוקי מסברת רש"י ור"ש דלא ס"ל הכי ואין זה פשוט כיון דהוי פלוגתא דרבוותא ודוק' ובדרך הנכ אומר מאי דק"ל בדברי ס' כריתות הנז"ל שכ' שם היכא דאשכח כ' תנאים ודעת ג' לא כמר ולא כמר נקרא ר"נ כי הא דכל הנשים דיין שעתן וכו' אבל בשתנ' ס"ל כחד מנייהו לגמרי או כר"א כמה דסבר כחד מנייהו הלכה כמותו וכו' כי הא דתניא פ"ק דחולין דו"ב הרי שאבדו לו גדיו וכו' לפי מאי דס"ד מעיקרא דהוה רבי מכריע והלכה כר"י כשמלאן באשפה וכר"ח כשמלאן בבית אבל לפי מאי דמסיק וכו' מיהו הדין כן אי אשכחן כדס"ד מעיקרא דרבי פליג עלייהו וכו' עכ"ל נראה דעת הרב בביאור דפי' הכרעה ג' היינו לא כדברי זה ולא כדברי זה אבל אי ס"ל כחד מנייהו בדבר אחר אעפ"י שאינו מפורש בדעת החולקים לחלק בשום ענין כמו הכא דר"י ור"ח ולא גלו בדעתם שיש לחלק בין אשפה לבית אפילו הכי הלכה כדברי המכריע ודלא כרש"י ותו' דפרק הגוזל הנז"ל יעו"ש ואנכי תמה דמה יענו שפתי צדיק בההיא דהגוזל דר"י בר"י הכריע בבית תעשה זילוף ובשדה תספך הכל והביא ממש דומה ברומה להכרעת רבי דחולין דמקלא כמר ומקלא כמר ואפ"ה קאמר עלה התם אין הכרעה ג' מכרעת ועוד יש להמוה מההיא דנזיר פכ"ג דכ"נ והזכירוה התו' בפרק הגוזל שם וקאמר עלה בגמרא מכדי אין הכרעה ג' מכרעת והביא גם כן דומה ברומה להכרעה שהזכיר הרב ועוד אני תמיה על דברי הרב שאיך כ' דלפי מאי דס"ד הלכתא כרבי הלא כלל מוסכם הוא שאין הכרעת תלמיד מכרע' וכמו שמבואר בשבת פ' כירה ד"מ שאמרו שם על ר"ע דתלמיד דר"א ור"י הוא ואין הכרעתו מכרעת.

ואא"ב הכא נמי רבי לגבי רבי יהודה ורבי נחמיה תלמיד הוא וכמ"ש הרשז"ל בעצמו בחלק ימות עולם וז"ל והולך זמן הוויתם וכו' ור"ש ור"ע ור"י ור"י הגלילי קבלו מר"א ור"י ורבי מאיר ורבי יהודה ור"י ורנ"ח וכו' קבלו מר"ט ור"ע. ורשב"ג ור"י הנשיא קבלו מר"מ וחביריו ומזה אתה למד מי הוא רב ומי הוא תלמיד וכו' עכ"ל הרי בהדיא דרבי תלמיד הוא לגבי ר"י ור"ן כיון דהוי דור שני וכמ"ש בגמ' על ר"מ דהוא דור שני לר"א ור"י תלמיד הוא וא"כ ודאי אפי' למאי דס"ד אין ס' בהכרעת רבי דתלמיד הוא ותמהני איך כתב הרב הפך סוגיא ערוכה דהכרעת תלמיד לאו הכרע היא ומזה תמיה נ"כ על מרן בדין זה דמאי קא קשיא ליה מהכרעת רבי הא רבי תלמיד הוא ואין הכרעתו מכרעת מרן בכללי הגמ' דאע"ג דקי"ל דה' כרבי מחבירו לגבי רבי יהודה לא דהו"ל רבו יעו"ש בס' י"ש דף פ"ז ואולם מדברי מרן אפשר לומר דעדיפא מינה קאמר דאינה מכרעת כלל וכמ"ש התו' בפרק הגוזל שם דבכל הני דקאמר אין הכרעה ג' מכרעת

הח'

ה"מ למיפרך תלמיד הוא ואין ה' כהכרעת תלמיד אלא עדיפא מינה. קפריך דלאו הכרעה היא כלל וכו' ע"ש וא"כ גם מרן ה"ק דהכרעת רבי לא הויא הכרעה כלל ובהכי יתיישב קצת מאי דתמה הרב משנה למלך ז"ל ג"כ על מרן בדין זה דמאי הוקשה לו והלא כלל זה דוקא במתני' ולא בברייתא וכמ"ש הרי"ף וכן היא דעת רבי' בפ"ה מה"ע ע"ש והניח בצ"ע ולפי מ"ש יתיישב קצת דמרן משמיענו חידוש יותר דלאו הכרעה היא כלל ואינה הלכה דאפילו אם תהיה במתני' והכרעת חבר לא מכרעת כלל

א"נ יש לומר לקו' שלנו דמאי מק' והלא הכרעת תלמיד היא. י"ל דדעת מרן כפי' הכרעה ג' היא כר"ח שפי' דהיינו דור שלישי ול"ד ג' אלא ה"ה שני וכמ"ש התוס' ומעתה הק' מרן והכרעת רבי אפי' אי נימא כס' רש"י ור"ש דס"ל דהיכא דהוי הכרעה בכל הדבר הוי הכרעה מ"מ לא מכרעה דהכרעה ג' היא דהיינו דור ג' כיון דהוי רבי תלמיד ומאי דנקט דור ג' לישנא דגמ' נקט וכמ"ש התו' דלדעת ר"ת אפי' היכא דהוי דור שני נקיט ליה בלשון הכרעה ג' דלישנא דספ"ק דפסחים ופ' הגוזל נקט ועפ"כ איך שיהי' נתיישבו דברי מרן אבל דברי הר"ש שכתב דלפי מאי דס"ד הלכתא כרבי עדין הם תמוהים ועוד י"ל היאך א"ל דלפי מאי דס"ד הלכתא כרבי והלא ברייתא היא וכלל זה לא נאמר אלא במתני' והן אמת שראיתי להרב יבין שמועה בדל"ד שע"כ שעמד בזה וכתב וכ"ת דהברייתות הביא הא דאכרו להו לאשמועינן דוגמת מכריע ולא למימר' דלהוי מכריע והלכה כהכרעתו א"כ קשה אמאי לא הביא דקולי מטלניות דמהתם גמרי דין הכרעה וכו' עכ"ל ותמהני שלא עמד גם כשאר הקושיות שכתבתי דהוי הפך כמה סוגיות וגם בענין הכרע' תלמיד דהוי הפך סוגיא דפ' כירה סוף דבר דברי הר"ש בס' בריתות הנז' שגבו ממני וצריכים אלפי תלמוד. אחר זמן רב ראיתי להר"ן ז"ל בההיא דגט שחרור שכתב הרי"ף דהא דקי"ל הל' כדברי המכריע היינו במשנה אבל לא בברייתא וכ' הר"ן עלה דלא בזה צריך להא דהא בלאו הכי קי"ל אין הכרעה ג' מכרעת עכ"ל נראה בהדיא דמ"ש דהאי טעמא דאין הכרעה ג' מכרעת עדיפא מההיא דדוקא במתני' ולא בברייתא דאפי' אה"נ דהיא הכרעה תהיה במשנה מ"מ אינה הכרעה כיון דהכרעה ג' היא ושפיר נקט מרן טעם דהכרעת ג' ולא ההיא דתלמיד דעדיפא מינה קאמר וכמ"ש הר"ן ועמדם ונשאר קו' המש"ל.

הלכות מעשרות

ח' פי"א המוליך חטים לטוחן ע"ה וכו' כתב הראב"ד ואם מפני ספק הזה הלא הוא ספק ספיקא אלא שמא החליפם משלו ותרוח הכותי חייב מדרבנן עכ"ל ועיין מה שיישב מרן ז"ל לדעת רבי' והרב בעל משפט צדק ח"ב דק"א ע"ג סי' מ"ט הקשה לדברי מרן והניח בצ"ע ע"ש והנני איש צעיר כ"ל ליישב דעת רבי' מלבד תי' הכ"מ והוא עפ"י מ"ש הרב בש"ך בכלל הס"ס משם הראשונים ז"ל וגם האחרונים דכל ס"ס שאינו מתהפך לא מקרי ס"ס אלא המג הרב בעל ה"ע והריב"ש משם התו' והרב מהרי"ן ז' לב והרמ"ע והאגור ושיבה מן הא' וא"כ דון מינה הכא דלא הוי ס"ס כיון שאינו מתהפך דהא בשתקת בתחי' ספק אותו ע"ה אם עשר או לא שוב לא תוכל לומר ספק החליפם או לא דהא עשיתו שהאי החליפם והתם מספק אם אותו ע"ה עשר או לא והשתא דאתינא להכי אפי' אי הוי ג' ספקות כיון שאינם מתהפכים לא הוי אלא ספק אחד ובזה ינוח לנו מה שהקשה הרב משפט צדק ז"ל אהי' מרן ממ"ש רבי' בריש מסכת דמאי והעיקר שהוא כדינו חדי ספיקי להקל וא"כ מ"ש הכא ולדברינו א"ש דהא דהתם שאני דהוי ס"ס המתהפך דהא התם הס"ס הוא ס' הפקר או אינו הפקר ואת"ל אינו הפקר שמא עישרו ע"ה ואת"ל לא עישרו ס"א חייבים כמעשר די"ל שמא הפקר הוא ואם כן הוי שפיר מתהפך ובזה כתב רבינו דקי"ל להקל אבל היכא שאינו מתהפך כי הכא הוי ס' המחוקי"ל לחומר' ודוק

אך ראיתי להרב בעל פר"ח ז"ל בכללי הס"ס הרבה להשיב על כלל זה תדא עמ"ש הרא"ש בתשובה ס' השרישה קודם העומר אי לא כ' ממ"ש התמ"מ פי"ח דא"כ ע"ש ועוד השיב מהרבה מקומות ע"ש והרב מהרח"א בספר עץ החיים דקמ"ב ע"ג כתב ואין טענה מכל הני דתבו' צריך לדון תחי' מאיזה שנה ואת"ז אם השרישה קודם העומר גם מו"ע צריך לדון תחל' מאיזה דבר נפתחה ואח"ך מתי נפתח' וכן כולם ע"ש שהאריך בזה ותמהני על הרב ז"ל שהרי הרפ"ח הביא חילוק זה מהרב ש"ך ולא ניחא ליה וכתב דמנין לנו לבדות חילו' מלבנו דהא ההיא דס' נכנס שהביאה בעל ה"ע צריך לדון תחי' אם נכנס ואח"ך אם נגע והפ"ח כתב דלא הוי ס"ס וגם השיג עליו ע"ש מדברי הרמ"ע עש"ב וא"כ איך לא ראה הרב מהרח"א דהפ"ח לא שמיע ליה כלו' לא ס"ל חילוק זה ואף שהרב ש"ך בסוף דבריו כתב דמ"ש בה"ע בההיא דס' נכנס הפוס' חלוקים עליו או דבנדון דידיה אפשר דיתכן לומר נגע ולא נכנס הדברים תמוהים הם ולא ניחא להרב פר"ח ועוד ק' להרב מהרח"א שלא זכר שר דברי הש"ך שהוא עצמו כתב חילוק זה כמ"ש ודברי מהרח"א צ"ע אך מ"מ אנן בנידון נימא כיון שיש מחלו' בין הפוסקים בזה כאמר' להרמב"ם ז"ל דס"ל ס"ס שאינו מתהפך לא מקרי ס"ס ולהראב"ד שמיה ס"ס אף שאינו מתהפך וכדעת הרבנים שהזכיר הרפ"ח כנ"ל ליישב דעת רבינו ועיין להרב בעל מ"ן ז"ל עצמו בח"ה סי' מ"ב ומ"ו וכ"כ ובח"ב סי' א' וסי' ל"ז שתפס במושלם דבעי' ס"ס המתהפך ע"ש ודעת רש"י בההיא דס"ת דכתבו נכרי משמע דס"ל דלא בעי ס"ס המתהפך כאשר תראה בפר"ח בכללי הס"ס וראיתי בס' מור דרור שהקשה על רש"י ז"ל דהא בעי' ס"ס המתהפך ותי' כיון דהיא פלוגתא בגמ' איכא למימר דמ"ד קורין בו ס"ל כמ"ד דלא בעי' מתהפך עכ"ד ודבריו תמוהים דלא ידענו היכן מצא שהיא פלוגתא בגמ' דהרי עיקר כלל זה הוא מהריב"ש והרבה מן הפוס' לא הודו בזה כמבואר למעיין בס' הפוסקים ולא מצינו דבר זה מפורש בש"ס

כש"ם לא כפלוגתא ולא כסתם ואולי דהגה הורפי' לא דק ול"ע ·

הלכות כלי המקדש

ט' פרק י"ד דין י"א וכולה שואלין עומד הכהן כ' הרב מש"ל גרסי' כפ"ו דיומא דע"ג כי הא דרבין אמר נשאל בהם האמר הכ"ה בגדים שכ"ג משמש בהם משום מלחמ' נשאל בהם ע"כ ובעת לא ראיתי לרבינו שהביא דין זה עכ"ל וכבר כתב רבינו לעיל בפ"ד דין כ"א וזה לשונו ובשבכהן משמש במקדש משמש בארבעה כלים כשאר כהנים ע"כ ומרן ז"ל שם כתב טעם בעיקר למה לא פסק כרבין דנשאל בהם האמר ע"ש ודוק ·

י"ד פ"ה דין ט' היה יודע וכו' עיין מה שתמה מרן ז"ל על רבינו וחי' ג' הי' והתי' הב' כ' וז"ל ועי"ל שקיצר ולא חש לפ' מפני שסמך על מ"ש בפ"ב מה' סנהדרין ע"כ ראיתי בס' חזון עובדיה ס' משפטים שכתב וז"ל ולא הבנתי הי' זה שהרי בפ"ב מה"ס לא כתב מזה מידי וליכא בי הם היליק שום בין מב"ד למלכי ישר' והוא שמב"ד דנים ודנים אותם ומלכי ישראל לא דנים ולא דנים אותם וליכא שום רמז מענין עדות כ"ג שהיה יודע עדות למב"ד כלל באופן שלא הבנתי מ"ש מפני שסמך וכו' עכ"ל וטעה בזה דהא ודאי ממ"ש רבינו דמב"ד דנים אותם משמע ודאי דמעידים עליהם וכמו שפירש רש"י שם וקא לא דנין וכו' מאי שהדותא בעי ע"כ וא"כ מ"ש הכא למלכי ישראל היינו למלכי ב"ד וסמך האתם דודאי אין מעידים אלא למב"ד ופשוט גם לפי דבריו מ"ש מרן בתחילה לסונו ואין לומר דכמ"ש הורו רבינו וכו' קשים לשמוע אלא הדבר ברור כמ"ש וק"ל ·

הלכות מתנות עניים

י"א פ"ז דין ז' מפרנסים ומכסים עניי גויים עם עניי ישראל מפני דרכי שלום ע"כ הכי איתא בברייתא פ' הניזקין ע"ש ומ"ש רבי' עם לבאורה דווקא עם עניי ישראל אבל אם היו לבדם אין מפרנסים וכו' לכאורה מדברי רש"י שכ' עמ"ש בגמ' וקוברים מתי נכרים עם מתי ישראל מפני דרכי שלום וכ' רש"י אם מצאום הרוגים עם ישראל משמע דבעינן עם מתי ישראל גם בפרנסה הדין כן אך הר"ן ז"ל כתב על דברי רש"י דלאו דוקא נקט דה"ה בשמצאו מתי גוים לבד מתעסקים בהם מפני דרכי שלום והביא ראיה לזה מירושלמי דלא שנו עם בכל אלו כלל ע"ש וא"כ נקטינן מהכא דעם דקתני בברייתא לאו דוקא היא ומפרנסים עניי גויים לבדם מפני ד"ש וכמו שכתב בירוש' וכדכתב הר"ן אך ראיתי להרב מהריט"ץ בתשו' סי' פ"ו שכתב דע"כ לא אמרו התם אלא שמפרנסין ע"נ עם ענ"י וכו' אבל כמה שפרט דוקא לע"נ ולא לענ"י איכא איסורא רבה בלאוס ז' ועבירה שיש בידו. הילכך אין בלאו זו ממש עכ"ל וק"ט דאיך הרב מסתם לה סתומי דאיכא איסורא רבה ולא זכר כי בירושלמי לא אמרו עם כלל. והר"ן ז"ל הסכים דאפי' לבדם מפרנסים וקוברי' ושפיר עבד וגם הביא ראיה מתוספתא דבהאי' דקוברים לא קתני עם ומהירושלמי דמוכח בהדיא כדברי הר"ן ול"ע ·

הלכות עבדים

י"ב פ"א דין ב' כבר ביארנו שאין האשה נמכרת בגניבתה וכו' דין זה משנה פ' היה נוטל והקשו שם התו' דא"כ אמאי אצטריך בגמר' דקידושין דו"ד למילף דבאמה ליכא רציעה מהעבד ת"ל כיון דאין ב"ד מוכרין אותה ורציעה אינה אלא במכרוהו ב"ד כדיליף התם מאזנו ע"ש וה' משנה למלך בפ"ג מה' גניבה דו"ב תמה עליהם דהא לאו העבד הו"א דהא לאמתך תעשה כן קאי ארציעה דאי מטעם דאינה נמכרת ורציעה אינה אלא במכ"ד גם בהענקה הכי נמי לא שייכא אלא במב"ד כדיליף התם אלא ודאי דגזירת הכתוב היא ומאי חזית דשדי הענקה שדי ארציעה אלא ודאי אצטריך העבד ות"ד יע"ש ולי אנא עבדו אחרי נו"ק לק"מ והוא עפ"י מה שפירש רש"י בתו' דמאי דקאמר או אינו אלא לרציעה היינו אף לרציעה ע"ג מעתה אית לן למימר דהש"ס אית ליה סברא מבחוץ לומר דודאי קאי אהענק' דהא כד מספקא ליה ברציעה וקאמר או אינו פשיטא ליה דבהענקה איתא ואע"ג דליתא אלא במב"ד ואשה אינה נמכרת אפ"ה אית לן סברא יותר בהענקה מרציעה וא"כ שפיר הוה מצי הש"ס לתרץ דהאי דלא אמרינן דקאי כמו ארציעה היינו משום דליתא אלא במב"ד ואשה ליתא בהכי ומאי דשדינן ליה אהענקה היינו על סמך מאי דאית לן סברא מבחוץ דאיתא בהענקה וכסברת המקשה וא"כ לא קשה דמאי חזית וכו' דהא אפילו או שדינן ליה ארציעה הענקה במב"ש איתא ואם כן הסברא יותר פשוטה בהענקה מרציעה ומעתה א"ש דברי התוס' על נכון ודלא כהרב ז"ל שהניח בתימה ודוק ·

ואולם אעיקרא דמלתא יש לדעת רש"י דמהיכא ס"ל דהענקה יותר היא סבר' פשוטה מרציעה עד שנאמר דאפילו אי קאי ארציעה הענקה במב"ש והנראה לומר דודאי אין סברא לומר דקאי ארציעה ולא אהענקה דהא קרא כתיב מרישיה דקרא וכי ימכר לך אחיך העברי או העבריה וכו' ובשנה הז' תשלחנו וכי תשלחנו לא תשלחנו ריקם הענק וכו' הרי דכולי' כלל הכתוב עבריה בהדי עברי וקאמר הענק תעניק וא"כ ודאי כשהקשו בש"ס או אינו אלא לרציעה הכונה אף לרציעה דודאי פשטיה דקרא קאי אהענק' והוצרך יתורא דקרא דואף לאמתך לרציעה דאי להענקה כבר מפורש ברישיה דקרא אלא לרציע' אתא ובשמ' דקאי דוקא להענקה יתורא דקרא אתא לומר דלא תימא דוקא קאי העבריה לענין יציאה בשש ולא להענקה ואף שהיא סברא רחוקה מפשוטו של מקרא וכמ"ש מ"מ כדי שלא נטעה בזה הוצרך הכתוב לומר ואף לאמתך זה היה נ"ל לומר כדעת רש"י ·

האמנם

האמנם אחר העיון נראה דאין כונת רש"י לומר דאיכא סברא מבחוץ בהענקה אלא דכונתו כמ"ש או אינו אלא אף לרציעה הכונה מאי חזית דשדית ליה אהענקה לחודה נימא דקאי גם ארציעה כיון דשקולים הם ויכולו שניהם ואין הפרש ביניהם כלל ולפי שאין לומר למקשה שום סברא ברציעה יותר בהענקה מש"ה לא הקשה דנימא דקאי ארציעה לחודה מש"ה הקשה לו כיון דשקולים הם נימא דקאי אשניהם ומעתה חזרה קו' המש"ל לדוכתה על דברי התוס' דלא תלינו שום סברא בהענק' יותר מרציע' מאי חזית וכו' ול"ע

שוב האיר ה' את עיני וראותי להרב מש"ל עצמו בפ"ג מה' אלו דין י"ג שהביא דברי הרב עצמות יוסף שסבין כדעת רש"י דס"ל דהאי אמרינן קאי ארציעה כ"ש הענקה והוא ז"ל דחה לו דאין כן כונת רש"י. אלא כיון דשקולים הם וליכא הכרע בין זה לזה מש"ה קאמר רש"י דקאי לשניהם דאין סברא לחלק ביניהם יע"ש בדבריו באורך שמתחי' גם כן הביא זה הקושיא שהקשה הוא ז"ל בפ"ג מה"ג יע"ש.

י"ג שם וכן אינה מוכרת עצמה הרמב"ן ז"ל חולק בזה וס"ל דמוכרת עצמה וכת' המש"ל בדין זה וז"ל וכתב מהרימ"ט בחי' לקידושין סוף מ"כ דמ"ג דמהתוס' שהביאו התו' בס"פ היה נוטל מוכח דלא כהרמב"ן ע"ש ולא הבינותי דבריו דאימא דמאי דקתני שאין האשה נמכרת היינו בגניבתה אבל אפ"ה שמוכרת את עצמה עכ"ל. ואחרי נו"ק דברי מהרי"ט ברורים דהא דברי מהרי"ט הם ממש דברי התו' בעצמם שכתבו שם ולא קתני התם כל הני דמתני' אלא דזכאי בכתו' משום דמפרש התם בכסף ובשטר וכו' הרי נראה בפירוש מדבריהם דהתוספתא לא קאמ' הני דמתני' אלא שמוספת דברים דל"ק במתני' וא"כ מעתה מאי דקתני בתוס' ואינה נמכרת ודאי אמוכרת עצמה קאי דאי בגניבתה היינו מתני' והתו' ל"ק הני דמתני' אלא ודאי אמוכרת עצמה וכ"כ מהרש"א בחידושיו והוא ברור ומעתה שפיר קא מוכח מהרי"ט ז"ל מהכא דלא כהרמב"ן ובודאי הרמב"ן מודה בזה דסברא הוא דמדלא קתני בכל הני דמתני' מש' דתוספתא אתיא אתא לאשמועי' דל"ק במתני' וא"כ היאך מיישב ההיא. דאינה נמכרת זו היא קושית מהרי"ט ז"ל

אך באמת עדיין אין ראיה מדברי התוספתא כלל דהא היא דמעטיה למאיס דקתני לה במתני' בהדיא ואפ"ה קתני לה בתוס' וא"כ מעתה אין הוכחה דאינה נמכרת קאי על המוכרת עצמה דלעולם אימא לך אינה נמכרת ע"י ב"ד ובמתני' כיון דתלינו דנקיט לפרושי מילתא אחרינא דאיתא במתני' וכבר ראיתי למהרש"א שעמד בזה ע"ד התוס' ומעתה הדרא קו' המש"ל לדוכתא דלא מוכח מהתוס' מידי ואפשר לדחוק בכונת התוס' דכוונתם דמאי דקאמר במתני' מה בין איש לאשה דהיינו בשאר נשים שבעו' דהמשנה פלגינהו דמתחי' כתב הפרש שיש בין כהן לכהנת ואח"ך אמרה הפרש שיש בין איש לאשה שבעולם דלאו כהנים וע"ז קאמרו התוס' מה בין איש לאשה בתוס' קא חשיב וכו' ולא קתני התם כל הני דמתני' וכו' ר"ל הני דמתני' דקתני בהם מה בין איש לאשה ופי' כמה דברים וע"ז הוא אומר דל"ק להו בתוס' וא"כ דודאי התוס' דחשיב דבר דבין כהן לכהנת אלא כונתם על סיפא דמתני' ואיך שיהיה מעתה אין הכרח מתוס' דלא כהרמב"ן דלעולם אימא לך אינה נמכרת בגנבתה וכמו דנקיט לפרש דבר אחר אעפ"י שהוא בין כהן לכהנת וחוזר קושית המש"ל על מוהרי"ט לדוכתה ול"ע ואיך שיהיה אני תמיה על הרמב"ן מההיא דאמרי' בגיטין דף ס"ד וס"ה ופרכינן לרב חסדא דאמר קטן זוכה לעצמו ואינו זוכה לאחרים מההיא דאמרי' בילד משתתפין וכו' הא שפחה היכי דמיא וכו' אי דאתייא שתי שערות מאי בעיא גביה אלא ודאי דקטנה היא וגם מההיא דמערימין על מעשר שני וכו' ע"ש ואי איתא כדברי הרמב"ן לישני ליה בגדולה מוכרת עצמה אלא ודאי דאינה יכולה למכור עצמה וכ"כ הרשב"א בחי' וז"ל מהכא דאינה יכולה למכור עצמה וכיוצא בזה הקשה המש"ל מההי' דפ"ק דב"מ דו"כ וצ"ע ע"ש.

וראיתי להרב קול אליהו ח"ב בקונטרס בספר מחנה ישראל בלשונות הרמב"ם שכתב וז"ל ובהורמנותיה איכא למדחי דמאי דלא אוקמה הכי משום דסתמא דש"ס הך קו' דר"ל פריכא ליה ואיכו ואי הוה מוקי לה במ"ע מכח הקושיא הוי כעין הודאה במקצת דאיתא לר"ל מדלא אשכח הש"ס פתרי לאוקומי מתני' כדלא אייתי ש"ס וכו' ובמוכרת עצמה דנפיק מינה חורבא עכ"ל ואיני יודע מה הוא שח דהא לפי האמת כמו אוקמוה בגמ' כדאיתא לעיל ואתיא כר"ל ולא נימא תהוי תיובתא וא"כ הו"ל להש"ס לאוקמה בסיפא ולימא לא לעולם לא תהוי תיובתא והכ"ע כדאיתא ש"ס ובמוכרת עצמה דהא אדרבה בגמרא דלו להביא ראיה מהכא דליתא לר"ל ואמרו דאין מכאן ראיה ודחי כדאיתא לעיל והיינו אליבא דר"ל והשתא הכא נפיק מינה חורבא והדברים פשוטים ומפורשי' וק"ל גם ההיא סוגיא דגיטין הנז"ל הויא תיובתיה דהרב ז"ל ול"ע.

י"ד דין ז' כר"א בעבד עברי מפני שנפשו שפלה במכירה אבל ישראל שלא נמכר מותר להשתמש בו כעבד דין זה מבואר בת"כ פ' בהר פ' ז' דין כ' לא תעבוד בו עבודת עבד כו' אין אתה עושה ע"ע אבל עושה אתה בבן חורין ע"ע ע"כ עוד שם בדין ו' אמרו לא תרדה בו בפרך כו' אין אתה רודה בפרך אבל אתה רודה בבן חורין בפרך ע"כ ומזה מבוארים דברי רבינו ומרן שכתב דרבינו הוציא דין זה מהמכילת' שאמרו שם אבל בבנו ותלמידו רשאי וס"ל לרבינו שה"ה לשאר כל אדם דבריו דחוקין מאחר דמאין לנו לחדש מדעתינו ואדרבה נימא דדוקא בנו ותלמידו שהם חייבים בכבודו ומוראו ויש לו לשלוט עליהם אבל כל אדם מנין אבל האמת נורב דרכו שאין צורך לזה ורבינו הוציא דין זה מת"כ שכתבתי שהוא מבואר בדברי רבינו והוק.

ט"ו פ"ב דין א' נקנה בכסף ובשוה כסף ובשטר מסתמיות דברי רבינו נראה דנקנה בשוה פרוטה דסתם כסף הוי ש"פ ולע"ד דלמד כן מדקאמר תלמודא בר"ח ע"א ואי דלית בהו

ש"פ

ס"פ מאי אירוא חכואס וכלים וכו' לא מכעיא קאמר נ"מ כסף דאי אית כיה ספ"ר אין אי לא לא אכל חכואה וכלים אימא מרקמקירכא הנההייהו ס"ר קת"ל ע"ס נראה כרור דסהתא דתלמודא ס"ל דככסף אי אית כיה ס"פ ס"ר ולא כעי יותר ומאי דקסה דאמאי לא ילפינן מאמה מדאתקס עברי לעבריה סבל קנין כסף דעברי ולפינן מונה ככר מרן כפ"ר דין ג' יסב לזה יע"ס ·

טז ישם דין ד' אחד המוכר וכו' כת' מרן וכסמ"ג כתב וכו' ויס לתמוה למה דחה גמ' דידן מפני הירוסלמי עכ"ל ואאותי כפי' לא' מקרוסים סלא נודע סמו סכתב כפי' סוגייא זו וז"ל פירוס סד"ה הואיל ויוכל זמן סילום לכל נעניק ליה והוא ילך ויסלים סיעור ימים סהיה לו להסלים עד היוכל קמ"ל דאין מעניקין לו ואעפ"י סהסלים אחר היוכל וכו' יעוס"כ מכואר כדבריו דמסקנא דסמעקין דמסלים אחר היוכל ואין היוכל מוליאו ואפ"ה אין מעניקין לו כמו סכתב הגאון הנזכר הטעס ע"ס וכודאי דהסמ"ג אזיל כסיטה זו כפי' הס"פ דידן כדי להסוות דין הס"ס עם הירוסלמי ככ"ל כדעת סמ"נ וגס עפ"י מה סמלאתי כדברי הגאון הנז' הרווח לי כמ"ס הרב כלחס מסנה לייסב דברי סמ"ג ה"ל דהסמ"ג מפרס הכי מסו דאימא הואיל והפיק ליה יוכל סלוחו מעמך קרינן ליה קמ"ל דלא אפיק ליה יוכל וכו' זח"ד וחמה עליו הרב מסנה למלך ודברי תימא הס כעיני דא"כ לפי המסקנא לא מפיק ליה יוכל הדרא קו' לדוכתה כורח הסלמה כעי ול"ע עכ"ל ועפ"י מ"ס הגאון הנז' ניחא דאע"ג דמסלים אחר כך אין מעניקין לו משוס דהסתא נמי דמסלס כתר יוכל כי נפיק אין סלוחו מחמת סס דהא לא עבר נכיה סס סלא סלוחו מחמת יוכל וכהיא סעתא לא אחייב ליה כהענקה סלא היה סלוחו מעמך · אי נמי יס לפרס ככונת הרב לח"מ ונאמר דהן אמת דס"ל לסמ"ג דאס הסלים כתר יוכל מעניקין לו אך הרב ז"ל מפרס ככונת קו' הס"ס הכי כורח הסלמה כעי ר"ל כי המקסן הכין דכונת הבריתא דקאמר ילא כורח הוא לומר דכסעת כריתתו אין מעניקין לו וע"ז חמה דמאי קאמר הא ודאי אין מעניקין לו ופסיטא דמי סס פה לומר דמעניקין לו דהא הסלמ' כעי והכי לא ילא לחירות וכודאי דלא אחייב ליס העניקה אלא עד דמסלים עבדותיה וכן ראיתי לגאון הנז' סהכניס זה נ"כ כקו' הס"ס ועל זה חי' ר"פ הכ"ע ספנע כיה יוכל ר"ל הא דקאמרינן ויצא כורח היינו כספנע כו יוכל אח"כ דסד"א דיולא כיוכל וכיוכל יעניק לו כיון דהאמת הוא דאין יכול להחזירו כיון סקנה עלמו כיוכל קמ"ל דאינו יולא כיוכל וא"כ ודאי דכיוכל לא יעניק לו דאלתי כעי הסלמה הכל כאמת אחר סיסלים אפ"כ ודאי דמעניקין לו הכל כא לאפוקי דלא יעניק לו כיוכל דסד"א דיולא וקמ"ל דאינו יולא ולאפוקי מהכונת המקסן סהכין דלאפוקי מסעת כריתתו קאמ' וע"ז מקסה פסיטא דליתא ודוק · וכעת אין אפי כמ"ג לראות אס הסלים אחר כיוכל מסוחיו ודוק ·

טו"ב פ"ב דין ג' הרי סמכר עלמו ופגע כו יוכל וכו' כתב הרב לח"מ דמדבריו הווא תיובתא לרא"ס סכתב כפ' כתר ואוקמיה כמכר עלמו ספגע כו יוכל רודם ו' למ"ד מוכר עלמו אינו נמכר אלא לסס ע"ס והוא הפך דברי רבינו והרב מסנה למלך תמה דאי כפי פסט דברי הרא"ס כמו סהבין הלח"מ ק' דלמ"ד מוכר עלמו נמכר ליותר על סס קסה דהא עד סנת היוכל כמאי מוקמת לוה וחו דסתמא דסס"ס נראה דס"ל דהיוכל מוליאה אף למאן דס"ל דנמכר על יותר על סס והרב ז"ל נדחק ככונת הרא"ס יע"ס ולי נראה להלין כעד הרא"ס מקו' המס"ל וגס להלח"מ סלא כפינו מהס"ס גופיה והוא דסבר הרא"ס כסברת רס"י ז"ל ספי' דלמ"ד נמכר לסס ויותר על סס דבסתמא יולא כסס ואף סכתב המס"ל לעיל דלפי דברי הרא"ס אין הוכחה למוכר עלמו סתס סילא כו מקרא דסס סניס יעבוד דזהו כמכ"ר אוירי ע"ס מ"מ אפסר דמעיק לה הרא"ס ז"ל מקראי דירמי' וכמ"ס מהריפ"ט או כמ"ס הגאון כסיטה דמדקרוי' רחמלא סכיר ס"מ דיולא כיוכל דהלת"ס חוסב מקרי ולא סכיר יע"ס · ואס כן סבר הרא"ס האי קרא דעד סנת היוכל לכ"ע הוי למוכר עלמו אלא דלמ"ד מו"ע אינו נמכר אלא לסס ספיר אתי קרא דעד סנת היוכל כפסטיה דאיך סיהיה היוכל מוליאו וקרינן כיה ספיר עד סנת היוכל ולא יותר אך למ"ד דנמכר לסס ויתר על סס קרא דעד סנת היוכל לא הוי אלא כסמכר עלמו כסתס דוקא אכל אס מכר עלמו כתנאי מפני תנאיה לסלא ילא כיוכל וזהו סכתב הרא"ס ואוקמוה כמוכר עלמו ספגע כו יוכל דהיינו כאיזה מוכר עלמו סיהיה דוקא למ"ר אינו נמכר אלא לסס אכל למ"ד דנמכר ליתר על סס א"כ אס התנה לסס אין היוכל מוליאו קודס סס ולריך לדחוק ולאוקמיה קרא כנמכר סתס דוקא ולפי סרס"י הלך אחר סיטת רבי אליעזר כתב דלרידיה אתי קרא כפסטיה זהו מה סאפסר להלין כעד הרא"ס להלילו מקו' הרב מסנה למלך אף סהוא דוחק ודוק

ח"י ישם דין כ' ואס פגעה סנת הסמיטה ככלל הסס הרי זה עוכד כס כתב מרן ורבינו כתב כפי' המסנה סזהו למאמר הכתוב סס סניס יעבוד וכסביעית דמסמע דאף כסביעית יעבוד וכו' עכ"ל כוונתו ז"ל מבוארת דמס"ס סמך הכ' חי' וכסביעית אלא חי' יעבוד ולא כתב סס סניס יעבוד ויולא לחפסי כסביעית לרמוז לנו כרמז זה הדין סאפי' כסביעית יעבוד ומקרא נדרס לפניו ולאחריו דהיינו סס סניס יעבוד וגס כסביעית סל עולס יעבוד וכסביעית סלו ילא לחפסי חנס וכאלו אמר הכתוב סני פעמים וכסביעית והוא דרך דרס ולא הולרכתי לכל זה כי אס מפני סראיתי להרב הגדול מהרי"ע כסיטתו לקידוסין בדף ע"א סהביא דברי רבינו וכתב עליו וקסה היכי מסמע מדכתיב וכסביעית אדרבא וכסביעית ולא כתיב עכ"ל ואחרי נער"ק תמהני איך עלה כדעתו סיבוי' טעה ח"ו כדבר סאין חסכ"ר טוען כו אלא סכונתו ברורה כסמס דאין כונתו ז"ל להביא ראיה לדין זה מקרא דכתיב וכסביעית כי ודאי אפכא מסתברא מסיפא דקרא אלא דס"ל דמדכתיב וכסביעית אלא חי' יעבוד רמז לן קרא דמקרא נדרס לפניו ולאחריו דעובד כסביעית סל עולס ויולא כסביעי' סל עלמו ואפכא ליכא למימר כדאמ' בירוסלמי

וקביאו

והביאו הרב ע"ש ואעפ"י שאין מקרא ראיה לדבר זכר לדבר וזה ברור גם ראיתי להרב מהר"ם ז' שיאר בס' אור שחיים דרוש דרש הרב לקרא דרבינו ז"ל יע"ש וכונתו כמ"של ודוק׃

י"ט שם דין ח' חלה כן שחלה שנה אחר שנה או שחלה חליים למקוטעים כתב מרן ומהר"מ לשנויי כאן שחלה למקוטעים כאן שחלה רצופים משמע ליה לרבינו דל"ש׳ עכ"ל הנה לפי שראיתי למרן שקיצר בלשונו אמרתי לבאר דבריו להבין כעדו והוא כי הרב ז"ל הוקשה לו דמנ"ל לרבינו דבחלה ה' למקוטעים אין עולין לו דלמא דוקא בשחלה רצופים המרינן כיון שבאותם ד' שנים היה חולה גמור אין עולין לו אבל בשחלה הרבע למקוטעים ר"ת חדש בריא חדש חולה או אמרינן דהו"ל כאלו חלה שתי שנים דבודאי חדש שהוא בריא שכ"א הוא שיהיה נחשב לו ובודאי דהו"ל כאלו חלה ב' שנים ומנ"ל לרבינו הא ועז"ו תי' דהם היתה דהחילוק אמת הו"ל לתרץ בגמרא כאן שחלה למקוטעים ר"ל דהבריתא דקא' יכול אפילו חלה ומשמע כל שש היה בחלה למקוטעין דהו"ל כאלו חלה שלש שנים ומש"ה עולין ובודאי דלא הוה מצי לאוקומי ברייתא בחלה שלש ועבר שלש משום דמשמעות הברייתא חלה כל שש וזה לא חלה אלא שלש אבל זה שחלה למקוטעין בודאי דאינו שוה לחלה שלש ועבר שלש אלא דזה הוה בחלה כל שש בודאי דה"מ לאוקומי ברייתא דמש' בחלה כל שש. עולין בחלה למקוטעין אלא מינה בחלה כל שש. זדאי מדלא שני בגמ' הכי ש"מ דס"ל לש"ס דבחלה כל שש למקוטעין דומה כדומה ממש לחלה כל שש גמורות וטעמא הוא דגם בחלה למקוטעין אי אפשר שיהיה כמו' שהוא בריא חזק וגבור כשאר אנשים דהככי חולשת חוליו קיימת והו"ל כאלו חלה כל שש ועפי"ז שכתבתי כמה שקשה תמיהת הרב משנה למלך שכתב ע"ד מרן ולא ידעתי שיכי הוה מצי להוקומי ברייתא דיכול אפי' חלה בשחל' למקוטעין דהא ע"כ אית לן למימר דסתמא דתלמוד' ס"ל דמשמעות הברייתא דמיירי אפי' בשחלה כל שש דהלא"ה היקשי מאי דוחקיה וכו' לוקמה בשחלה שלש ועבר שלש וכו' ע"ש ולפי מ"ש ל"ק מידי דודאי היה יכול לאוקמה ההיא דיכול אפי' חלה בחלה כל שש למקוטעין ואפי' דהוי למקוטעין מ"מ הוי בחלה שש ולא דמי לחלה שלש ועבר ג' דמ"מ הנ' כבריאות הם ולא מיקרי חלה ו' אבל זה מקרי בחלה שש ושפיר מצי לאוקמה ואפי' הכי עולים כיון שחלה אותם למקוטעים חדשים שהוא בריא כהם יחשבון אלא ודאי מדלא שני הכי ש"מ דחולי למקוטעים הוי כחולי רצופין והטעם כמ"ש זה כ"ל כביאור דעת מרן ודוק׃

ד' שם הם הכל פחות מארבע שנים הרב בעל ס"ק ח"מ סי' של"ג כתב דהרמב"ם והסמ"ג פליגי אתו' ורש"י והרב משנה למלך כתב עליו ולדידי אין הכרח לזה כלל וכו' יע"ש וכדי שלא יאמר הרב ז"ל דכתר דידי קאזיל האי נגרא דלא שוי אשים מחשים לפי רק אומר דלע"ד שפתי הרמב"ם ברור מללו דאין דעתו כדעת רש"י ותו' ומה שדחה הרב הינינו כדאי כלשון רבי' שמשמעותו מורה להפך וכמ"ש הש"ך ודוק׃

א"ך שם דין ח' כסף ממכרו ככסף הוא נגאל וכו' כ' מרן כת"כ ככסף ממכרו ככסף הוא נגאל ואינו נגאל לא בתבואה ולא בכלים וכירוש' וכו' ע"ש דהת"כ והירו' מפיק לה להך דרשא מדכתיב כסף ממכרו יתירא דהול"ל והיה ממכרו והש"ס דידן דדריש ככסף הוא נקנה ואינו נקנה כתו' תבואה וכלים מש' דדריש. ליה לענין קנינו ולא לענין גאולתו היינו מקרא אחרינא דכתיב מכסף מקנתו ואיתר קרא דכסף ממכרו לענין גאולה וזה ברור אך הרב בעל קרבן אהרן בפי' להת"כ כתב דגרסי' ככסף הוא נקנה ואינו נקנה לא בתבואה ולא בכלים ע"ש ונראה שהוכרח לזה מפני שמלא בש"ס דידן דדריש לה לענין קנין ולא לענין גאולה ואחרי כער"ק אין צורך לזה דהש"ס דידן מפיק לה מההיא דכסף מקנתו וסת"כ דרשא אחרינא הוא דקא דריש מכסף ממכרו דקרא יתיר' הוא וכמבואר בירוש' דדריש לה מכסף ממכרו הכי והכי מתבארים דברי סמ"ג וכו' שהביאם הרב בלח"מ שכתב כסף ממכרו ככסף הוא נגאל ואינו נגאל בתבואה וכלים וכו' וכתב עליו בעל לח"מ ומ"מ יש לתמוה על סמ"ג דלמה הניח קרא דמכסף מקנתו האמור בבריתא בש"ס דילן והביא קרא דכסף ממכרו האמור בירושלמי עכ"ל ולפי מ"ש אין מקום לקו' זו דבאמת ההיא דרשא דככסף הוא נגאל מכסף מקנתו הוא דנפקא כסף מקנתו לענין קנינו דוקא ולא לענין גאולה ושפיר הביא הסמ"ג מקרא דכסף ממכרו לההיא דגאולה וכמבואר בירוש' ות"כ. ואף הש"ס דידן לא פליג בזה ודוקא בפי' דלא בתבואה הוא דפליג ודוק׃

כ"ך פרק ג' דין כ' אע"ג שהאדון חייב במזונות אשתו וכו' כתב מרן את' שלמר כן מהבריתא שכתבתי לעיל אם הוא נמכר בניו ואשתו מי נמכרים אלמא דאינם משועבדים לו כלל וכו' עכ"ל ותמהו עליו הרמ"ל והרב מהרי"א בעץ החיים פ' משפטים דאמאי הוצרך לזה דככר שביא לעיל מאי דאמרי' במכילת' יכול יהא מעש' ידי בניו ובנותיו של רבו ת"ל היא וכתב מרן דס"ה אשתו דמ"ש וא"כ מי הכריחו לזה ע"ש בדבריהם ומה שתי' מהרי"א דכונת מרן להביא ראיה שהם לבעל אחנער"ק ליתא מרסיים מרן בדבריו אלמא דאין משועבדין לו כלל משמע שכונתו להביא ראיה על ההיא דאין משועבדין לאדון ואי בדבריו הול"ל אלמא בדקיימי קיימי דודאי ההיא דאין משועבדין לאדון פשיטא מההיא דמכילתא והנלע"ד שכונת מרן שהוק' לו דמי הכריחו לרבינו לפרש האי ברייתא אפילו בנזונין משל אדון. ולא כס' הרמב"ן דס"ל דברייתא איירי באין ניזונין אבל בנזונין במקום בעל קאי ומעשה ידיהן שלו לזה כתב אפשר שלמר כן מהברייתא דקאמר בניו ואשתו מי נמכרים ונכאן שרבו חייב במזונות בניו ואי כס' הרמב"ן דכיון שהם ניזונין מעשה ידיהם שלו הול"ל כש"ס מכאן שרבו חייב במזונות בניו ומעשה ידיהם שלו וא"כ שפיר הוי נמכרין כיון דמעשה ידיהם שלו וזכות הוא לו וקריינן בהו שפיר ויצא הוא ובניו כניו דומיא דידיה דמשועבדים לאדון למעשה ידיהם אבל ההיא דחייב במזונותיהם תוב הוא לאדון ולא מקרי שפיר ויצא הוא ובניו וא"כ הו"ל לתעות

דעיקר דמוקרי מכירה. דמשועבדין לו אלא ודאי מדלא קאמר הכי אלא דוקא דמזונות מש' דפשיט' רוקא לש"ס דאיך שיהיה אין מעשה ידיהם שלו משו"ה נדחק לאוקומי קרא דוקא לענין מזונות ליה ול"ק דנמכרין בעד המזונות למעשה ידיהם וראיתי להרב מש"ל שנכנס בסוג זה לפרש דברי מרן אך הרב ז"ל לקח הדברים שלא כדרכן ומשו"ה כתב דהא ליתא וכו' יעפ"ב ולדידי. כונת מרן כמ"ש ואין מקום לקו' הקש"ל ודוק •

כ"ג שם דין ז' עבד עברי כהן אינו נרצע מפני שנעשה כע"מ והרי הוא אומר ושב אל משפחתו וכו' וכתב מוהרמ"א בס' עה"ח ר"ס ע"ר ק' דמוכר עצמו אינו נרצע וקרא במוכר עצמו מיירי ומה ענין ושב אל משפחתו פה במוכר עצמו לרצונה עכ"ל ולק"מ דהא בפ"ק דקידו' דט"ו אמרי' במה הכתוב מדבר אי במוכר עצמו הרי כבר אמור אי בנרצע הרי כבר אמור ואיש אל משפחתו תשובו אין הכתוב מדבר אלא במכרוהו ב"ד ב' וג' שנים לפני היובל שהיובל מוציאו ע"ש הרי מבואר דקאי אמכרוהו ב"ד כאם אינו ענין והא דלא מייתי קרא רואיש אל משפחתו דקאי אנרצע וכמ"ש בגמ' ל"ק כיון דאין קרא דואיש אל משפחתו מפו' דאיירי בנרצע אלא דהרי קראי כתיבי יקירי ומוקמינן להו חד בנרצע וחד במכרוהו ב"ד וכדים פ' ב' הביא רבי' מקרא דכתיב היובל וכו' ואיש אל משפחתו למכרוהו ב"ד אע"ג דבגמ' אוקי קרא דואיש לנרצע וקרא דושב אל משפחתו למכרוהו ב"ד מ"מ כיון דאמת הוא דמהרי קראי הללו מפקינן מכרוהו ב"ד ונרצע אין לדקדק כוה.וכ"כ הלח"מ בריש פ"ב דרבי' אינו מדקדק בפסוקים כי כן דרכו ע"ש ומ"מ הא קרא דושב אל משפחתו מפקינן ליה ממוכר עצמו דאינו ענין לו דהרי כבר אמור ודוק

כ"ד פרק ד' דין י"ו המוכר את בתו ופסק על האדון ע"מ שלא ליעד אותה אם רלה האדון לייעד מיעד שמתנה עמש"כ שתנאו בטל עכ"ל מכאן כ"ל ראייה ברורה על מי שקידש אשה ע"מ שאם תפול לפני יבם שתחלוץ דמי אמרינן דמתנה עמש"כ הוא ותנאו בטל או דילמא כיון דמן התורה מלי לחלוץ אין זה מעמש"כ וה' פר"ח בס' מ"ח פסק דהוי מעמש"כ והביא ראייה מפ' הזורע עי"ש ולדידי דמדין זה היכא הוכחה ברורה דהוי מעמש"כ דהא הכא מלי מן התורה לפדות ולא לייעד ואפ"ה היכא דהתנה שלא לייעד הוי מתנה עמש"כ וזה דומה כדומה לנדון הרב וק"ל

ויש להסתפק אם כשלקחה האדון התנה עם אביה ע"מ שלא לייעדה מי הוי מתנה עמ"ש בתורה. כיון דמן התורה חל עליה מלות יעוד קודם למליק פריה וא"כ הוי מתנה על מש"כ או דילמא כיון דהיה יכול האדון ללוקחה בסתם וא"כ לפרותה ולא לייעדה אף שיעור קודם מ"מ התורה נתנה לו רשות לפרות אם ירלה א"כ גם שמתנה בעת לקיחתם לית לן בה ולא אמרו אלא דוקא כשהתנה אביה כיון שאם האדון רולה לייעד הקנאי מעכבו א"כ הוי מתנה עמש"כ מה שא"כ כשהתנה האדון כיון שהתורה נתנה לו רשות א"כ לעשות זה או זה יכול מתחילה להתנות עם אביה שלא לייעדה אלא לפדות והאר האחרון נראה לי עיקר וברור ודוק

הלכות כלאים

כ"ה פ"א דין ג' ואסור לאדם לקיים כלאי זרעים בשדהו אלא עוקרן ואם קיימן אינו לוקה עכ"ל קל"ט על רבי' ז"ל ממ"ש איהו גופיה בפ"ו דנזירות דין ח' מי שנזר והוא בבה"ק נזירות חלה עליו וכו' ולוקה על שהייתו שם ע"כ משמ' דאם לא שהה אינו לוקה ומ"ש מהא דמקיים כלאי זרעי' דאמר דאפי' קיימן אינו לוקה ולפי מה שכתב מרן הכ"מ דכי אמר ר"ע דלוקה דוקא בעושה מעשה הכל כלה מעשה מודה דלא לקי והמאי בנזיר לקי אף בשלא עשה מעשה גם ק"ט עמ"ש רבינו בפ"ה דה' מלכים דין ח' וז"ל ואין לוקין על לאו זה שבעת הכניסה מותר הוא ואם חשב לישב ולהשתקע אין בו מעשה ע"כ וקשיא טובא חדא דמ"ש מהאי דנזיר דמי כניסתו בהיתר ואחר כך נזר א"כ הוי דומה להאי דכניסת מלרי' ועוד דמשמע דאילו היתה הכניסה באיסור הוה לקי על השהיה וקימא דהא הכא דמעיקרא היה באיסור שזרעו ואפי"ה אם קיימו אינו לוקה ודוחק לומר דאיירי בשלא זרעו הוא דהא מרסתם רבינו את דבריו משמע דמה לי הוא ומה לי אחר אינו לוקה והדבר ק"ט גם קשיא לי לפי מ"ש רבינו בהלכות אלו בפ"י דין ל' וז"ל אבל אתרו בו וא"ל פשוט והוא לבוש בו ושהה כדי ללבוש ולפשוט אחר שהתרו בו חייב ע"כ שהיה ושהיה שהתרו בו עליה וכתב מרן משם הריטב"א שמאחר שבידו לתקן האיסור להסיר האיסור מעליו בכל פעם שמתרים בו חשיב כלובש דהמאי הכא בדין מקיים כלאי זרעים לא אמרינן כיון שיש בידו לתקן לעוקרו אם התרו בו והניחו חייב ע"כ שהיה ושהיה וחו קשה עמ"ש רבינו בה' חמץ דאם הניח חמץ ברשותו אינו לוקה אלא א"כ קנה חמץ בפסח או חמצו והמאי כיון שיש בידו לסלק האיסור הו"ל ללקות משום ב"י וב"י וחו קל"ט על הה"מ ז"ל שכתב בפ"נ דשכירות עמ"ש רבינו דהשמה בקול לוקין דה"ט דלוקה משום שישנה כמעשה גמור אף ההשמה בקול הויא כמעשה ותמוהים דבריו דא"כ למה כתב רבינו דאם קיים כלאי זרעים אינו לוקה הו"ל ללקות עליו כיון שישנו כמעשה גמור וחו ק"ט ממ"ש רבינו בה' ע"ז פ"ד דין ג' וז"ל וכל הנפנה אחריה בדרך שהוא עושה בו מעשה לוקה ולדברי הה"מ למ"ל למכתב בדרך שהוא עושה בו מעשה הא כיון שיש סוג אחר שיש בו מעשה אף דלא עשה מעשה לילקי וחו קל"ט על הרב דור ערמה ז"ל בחיבורו בפ"נ מפ' אבל כדברי הה"מ וחיתא הוא על הרבנים ז"ל שלא זכרו אלה המקומות שהבאתי וחו ק"ט עליהם ממ"ש רבי' בה' חמץ כמש"ל ולדבריהם לילקי כיון דשייך ביה מעשה אם קנה או חמצו וכחומשי ראיתי להרב שער המלך בה' אלו דהביא דברי הה"מ אלו שהבאתי והק' עליו מהאי דפסק רבינו בה' חמץ שהבאתי אמנם ממ"ש רבי' דאם קיים כלאי זרעים אינו לוקה לא הק' עליו אבל הכיאה

הביאה בתוך לשונו בתוך הברייתא שהביא והגי' שכיון הרב להק' עליו. תוס ג"כ והניח בצ"ע ובאמת שתימה הוא על הרבנים גם מת"ש מה' ע"ז והדבר צריך עיון :

והנה אחרי כתבי כ"ז יצאתי לחפש חיפוש מחופש הני פסקי דהרמב"ם דלכאורה קשין אהדדי טובא וכהיותי אך עסוק ראיתי להרב מוהרח"א ז"ל בס' מ"ק דקל"ז ב' על מ"ש רבי' שבעת הכניסה הוא מותר הק' ממ"ש בה' נזירות נזר בבית הקברות לוקה משום כל אחד גם מת"ש שנכנס לבה"ק בשגגה וילא דלוקה גם ממ"ש גבי לבוש כלאים כל היום ע"ש והניח בצ"ע הנך רואה שהרב ז"ל עמד בקלא מ"ש אמנם מה שהק' לעיל אנכי בעוניי בשאר הקו' לא ראיתי מי שעמד בזה איברא דראיתי להרב מהר"י חזן הי"ו בס' חק"ל א"ח דקמ"א ע"א שהעמיק הרחיב בענין זה ותמה על דברי רבי' שבה' חמץ ממ"ש בה' כלאים ובתוך דבריו הק' על מרן שכתב בשם הריטב"א דכל שבידו לתקן הוית מעשה מההיא דחמץ אמנם לד' הקו' והנמקי השוה דעת רבי'. אבל לדברי מרן משמיה דהריטב"א עדין ק' והנ"ע עש"ב ולדידי אהמח"ר נ"ל דדברי מר"ן והריטב"א ודברי הקו' והנמק"י הם שפה אחת ודברים אחדים והכי פי' דברי מרן דמאחר שהיה בידו לתקן בכל פעם שמתרין בו חשיב כלובש פי' דחזר דמעשה הרא' שלבש מקודם כאלו הוא עכשיו לובש כיון דהתחי' הלבישה היה במעשה משא"כ גבי חמץ שלא יש מעשה בראשונה לא לקי ובהכי אשכחנא פיתרי לד' מרן בכ"מ שכתב בה' אבל פ"ג ד"ו עמ"ש רבי' דהנכנס לבית בשידה תיבה ומגדול ובא אחר ופרע המעזיבה לוקה והק' דאמאי הא הוי לאו שאב"ע ותי' עפ"ו מ"ש הקו' בנזיר דמ"נ דאיירי דסייע לפרוע המעזי' והק' הרב נר"ו שהרי לפי מ"ש איהו גופיה בה' כלאים דכל שבידו לסלק האסור א"כ ה"נ ללקי על הפסים עי"ש ולפי מ"ש ל"ק דשאני הכא דלא יש מעשה איסור בתחילה ומש"ה נדחק מר"ן לתרץ כן ושתם לא כ"כ אלא היכא דיש מעשה איסור בתחילה ומש"ה כל שבידו לסלק חזר המעשה הא' כאלו נעשה עכשיו משא"כ הכא . אמנם כמה שנדחק הרב נר"ו בתי' מרן דסי"ל לבאר ועוד דהלשונו' שוים שאמת שדברי מרן דחוקים הרבה וכמו שעמד הרב נר"ו וצ"ע וראיתי להרב נר"ו בסו"ד שהביא דברי מהרח"א וכתב עליו . דל"ק מכ"ז דהכא מעשה איסור בעינן ואף בשוגג מעשה איסור חשיב אבל כניסה למצרים אינו אסור כלל ע"כ ואחרי המחי"ר עדיין מה שהקשה הרב מהרח"א מההיא דנזר בבה"ק לוקה עדין קשיא דהתם בהיתר נכנס והרב נר"ו הביא שקו' מהם מהרח"א מנזיר טהור שטימא עצמו והנב חורפיה לא דקדק שקושיית הרב היא מסוף הלשון דאם נזר בבה"ק ובהי' היכא מתורצת קו' זאת דהא הכא דבשעה שנכנס לא היה נזיר וא"כ בהיתר נכנס ואח"כ נזר ולא יש מעשה איסור בתחי' כזו בכניסת מצרים וק"ט ולצ"ע . שוב אחרי כותבי כ"ז שמעתי שמהר"ש דוד פאלקון ז"ל בס' בני דוד בה' כלאים פי' שפי' דברי הריטב"א שבי' מרן כמו שפי' אנכי הדל לעיל ואחל"ח שכוונתי לדעת גדול שכאמר . וכעת אין הספר אצלי לראות

בעיקר דבריו ועיין בס' בירך יצחק פ' תבוא ועיין בס' יצחק ירנן בה' מלכים ובס' חזון עובדיה פ' בשלח ויש לעמוד בדבריהם ואין הפנאי מסכים ומ"מ מה שהקשיתי אני בעוניי לעיל לדברי רבינו בדין זה למה כתב דהמקיים כ"ז אינו לוקה עדין לא נתיישבו ולא מצאתי מי שעמד בהם והכל צ"ע ודוק :

כ"ו פ"ב דין א' זרע שנתערב בו זרע אחר וכו' ואם זרע לוקה ע"כ כתב מרן ועוד שמאחר שטעם איסור כלאים אינו אלא מפני מראית העין אזלינן בתר המיקל ע"כ וכתב הרב בנ"י בהגהו' ז"ל ק' דא"כ למה כתב רבינו דאם זרע לוקה עכ"ל פי' דקשייא ליה דעת רבי' שכתב ואם זרע לוקה דאמאי לוקה הא עיקר האיסור הוא מפני מראית העין כמ"ש מר"ן ואי ס"ל דאינו מטעם מרה"ע אלא מן התורה ומש"ה לוקה איך מרבה עליו ומבטלו הלא אין מבטלין איסור לכתחילה ואי ס"ל כהירוש' שתי' בכא מפני מראית העין איך כתב דלוקה ומ"מ קשים דברי רבי' ואשתומם על המראה כשעה חדא וכחפשי חיפו"ש מחיפו"ש. ראיתי לס' שושנים לדוד ז"ל שפי' הירוש' לדעת רבי' ע"ש ודחה דברי הכ"ר שהקשה כן כנראה מדבריו ע"ש והרואה יראה מ"ש מר"ן שמאחר שטעם איסור כלאים אינו אלא מפני מראית העין מש' שעיקר זריעת הכלאים הוא מפני מרה"ע ודלא כהרב שו"ל ודוק כי קיצרתי וראיתי בס' בני חיי בלשונות הרמב"ם שהביא קו' זו משם רבני קושט' ותי' הוא ז"ל ותי' הוא דוחק מאוד כאשר יראה המעיין שם וק"ל

הלכות ערכין

כ"ז כתב הרמב"ם בפ"ח ד"ג לעולם לא יקדיש אדם ולא יחרים כל נכסיו וכו' ואין זו חסידות אלא שטות שהרי הוא מאבד כל ממונו ויצטרך לבריות עכ"ל וראיתי להרב יד אליהו בסי' פ"ג שכתב וז"ל ועוד אחרת הזכירו בגמ' הרי"ף והרא"ש ולא הזכיר לא רבינו ולא בטור דבפ' מציאת האשה הקשו למר עוקבא שבזבז פלגיה דממוניה כי קא ניחא נפשיה דהיכי עביד הכי והרי באושא התקינו וכו' ותי' ה"מ מחיים שמא ירד מנכסיו אבל לאחר מיתה לית לן בה וכל כי האי מילתא דהיתה בתלמודא דידן היה צריך לאשמועי' לן דלא היתה תקנת אושא אלא מחיים אבל בשעת מיתה לית לן בה עכ"ל ובאמת דלרבינו לא קשיא כלל דהא כיון שכתב רבי' שהרי הוא מאבד כל ממונו ויצטרך לבריות מש' דוקא מחיים אבל לאחר מיתה דלא שייך ה"ט ודאי לא והמק' שסק' אכתי לא ידע האי טעמא דשמא ירד מנכסיו אלא שתרנן קירס טעם זה וזה ברור . אמנם להטור ז"ל שלא פי' כלום בסי' רמ"ט ע"ש ק"ט דהו"ל לומר דה"מ מחיים אבל לאחר מיתה מותר ודברי הטור צ"ע וראיתי למרן ז"ל בפ"ז מה' מ"ע דין א' שכתב עמ"ש רבינו ובמה עד חמישית נכסיו מצוה מן המובחר וכו' בפ' מ"ס מק' וכו' ורבינו לא מיירי הכא אלא מחיים עכ"ל כונתו דכיון דמשמע מדברי רבינו דדוקא מחיים א"כ לא צריך תו לפרש אבל לאח"מ מותר ולפי"ז מיושב דעת הטור שכתב בלשון .

כלשון רבינו דכונתו דוקא מחיים אבל לאח"מ מותר אבל הב"י שם הביא מ"ש שם בש"ס ולא כתב כלום ע"ש ודוק ·

כ"ח שם פ"ה דין ז' שמקדיש בהמתו ששם או שהקדיש כל נכסיו ששם רואין כל בהמה תמימה הראוית ע"ג המזבח זכרים ימכרו לצרכי עולות ויקריבו אותן עולות והנקבות ימכרו לצרכי שלמים ויקריבו אותן שלמים והדמים יפלו לב"ה ששם הקדשות לבד"ה וע"ז נאמר ואם בהמה אשר יקריבו ממנה קרבן לה' כל אשר יתן ממנו לה' יהיה קדש כלומר כל הראוי לקרבן על גבי המזבח עכ"ל כ"ל דמ"ש רבינו וע"ז נאמר לאו לתימרא שהוא דאורייתא אלא הוי דרבנן ויש סמך מקרא דאם בהמה וכו' ולעולם דהוי דרבנן וקרא אסמכתא בעלמא ובזה נ"ק מה שהק' המש"ל ז"ל בפ' זה דין ה' דהוא הפך סו' ערוכה במנחות בכ"ל ויש קצת ראיה לזה ממ"ש בפ"ק דתמורה די"א דר"מ ור"י דרשי ליה לפסוק משום האומר רגלה של זו עולה וגם ר"י ור"ש דפליגי עלייהו גם כן מפקי לה מהאי קרא ואם כדבריו ק'ה"ז בעי' ליה לדרשא דר"י ור"ש אלא ודאי דקרא אסמכתא בעלמ' ודוק ·

כ"ט שם דין י"ר המקדיש א' מאבריה לדמיו ה"ז ספק אם פשטה וכו' כ' הפר"ח בס' מ"ח וז"ל קשה דבפ"כ דין י"ט מה' מתנות עניים פסק בעולה דהרי מנו לא אמרי' וצ"ע עכ"ל וי"ל עמ"ש הרב ראש יוסף בחס"מ פי' נ"ה ס"ק ל"ד דלא אמרי' דהרי מנו אלא דוקא בענין זכיה דאמרי' מנו דאי הוה מפקר נכסיה והוי עני ומנו דזכי לנפשיה זכי לאחריני התם לא אמרי' הרי מנו אבל בעלמא אמרי' ע"ש ודוק ·

הלכות שגגות

ר' פ' י"ד דין כ' או שעיקרו אב מאבות מלאכות כתב מרן יש לתמוה דהיא בעייא ולא איפשיטא וחי' שיקנו ויאמרו אם אנו פטורים הר"ז נדבה ע"כ וקשה דהא אין חטאה בא בנדבה והיאך תייתי מספק וצ"ע ועיין לקמן פרק י"ו דין ה' וע"ש להמש"ל ובעת לא ראיתי מי שעמד בזה ודוק ·

חלק אה"ע הלכות אישות

א' פרק ז' דין כ' העושה שליח לקדש לו אשה והלך השליח וקידשה על תנאי אינה מקודשת וכו' הרב מש"ל בספרו נסתפק בתי שעלח שליח לקדש לו אשה פ' והלך וקידשה בקי' דרבנן או בספק קידושין אי הוויא קפידא והיכא מקודשת דא"ל לתקוני שדריך ולא לעוותי והוי שינוי בשליחות או דמקודשת ק"ר או ק"ס ועוד דא"ל דהווא קפידא אי יכיל המשלח לומר שאינו מקפיד וניחא ליה ומקודשת או לא ולכסוף הסכים דאי אמרינן דהוויא קפידא לא אזלינן בתר דבריו אך מסו' דקידושין דנ"ן נראה להיפך וצ"ע ע"ש והני האומר שאחרו בשיקת עפרות רגליו לענד"ן ודאי אזלינן בתר דבריו והוויא מקודשת במורה והמינה לה ממאי דאמרי' בסוטה דכ"ה אבעייא להו עוברת על דת ורצה הבעל לקיימה מקיימה או אינו מקיימה מי אמרינן בקפידא דבעל תליא רחמנא והא לא קפיד או"ד כיון דקפיד קפיד ומסו' דשם מבואר דדעת הש"ס לפשוט דאי רצה לקיימה מקיימה וכמ"ש התו' והרשב"א וגם הרמב"ם בפכ"ד מה' אלו דין ט"ז ש"ל כדעתם ויעו"ש במ"מ וכן נראה מדברי רש"י יעו"ש וא"כ הרואה יראה דמסוגיא דהכא נראה בפשיטות דבכל מלתא דקפדי אנשי אם הוא אינו מקפיד אזלינן בתר דבריו ולא הוי קפידא ומעתה מה שרצה הרב להסכים סברת התו' והרשב"א לשיטתיה אחרי נו"ק אין כן דעת התו' והרשב"א אלא שס"ל דאיפשיטא בעין וס"ל דאפי' כ"ע קפדי והיכא אומדנא דמוכח דאיכא קפידא אפ"ה אם אמר הבעל שאינו מקפיד אזלינן בתר דבוריה ולא הוי קפידא וכמו שנראה מסו' דקידושין ותמהני על הרב דנהירין ליה שבילי דש"ס איך לא שלטו אודו עיניו בכו' זו ודברי הראשונים שכתבתי וצ"ע ולעיקר הספק הא' שנסתפק הרב ז"ל ראיתי לבעל פקידת המלך נר"ו בד"ו שכתב לפשוט מהסיא דאמרי' בקי' די"ב ההוא נברא דקדיש בזוזא דאורדא וכו' יע"ש ואחרי הת"ר לא מכרעא דאימא מעשה שהיה כך היה ולהכי לא משני הש"ס שקי' ע"י שליח דהא לאו הכי הוה מעשה ובאמת דאין מסו' זו שום הכרע והם דברים פשוטים ודוק ·

ב' פרק י"ו"ד דין י"א המארס את האשה וכת' לה כתובה ולא נכנסה לחופה וכו' ואם מת וכו' ואינה גובה תוספת כלל הואיל ולא נכנסה וכו' שנה מרין זה מבואר דאמרי' דעתו של אדם היאך מחייב עצמו אם מחייב על דעת כן או לא ומזה יש להביא ראיה למ"ש מוהריק"ו בשו' ק"א על א' שסידך אשה ונתחייב בקנס אם יעכור וא"ח"ך נשתטית הכלה ופסק הרב דאינו חייב בקנס דאומדנא דמוכח הוא דאדעתא דהכי לא שיעבד נפשיה ובאמת שהרב מהרי"ק ז"ל בכר הביא ראיה לזה מההיא דאמרי' בפרק הנזיל דק"י אלא מעתה יבמה שנפלה לפני מוכה שחין תיפוק בלא חליצה דאדעתא דהכי לא אקדשא ותי' שם דמיכח ניחא לה דטב למיתב וכו' משמע דאי לאו טעמא דטב למיתב שתכינן אההיא סברא דאדעתא דהכי לא קידשה אפילו להתיר יבמה לשוק כ"ש לענין ממון · האמנם ראיתי לסרב תו' הלכות כמ"כ בקמא דק"י שם בר"ס דאדעתא דהכי לא קידשה כתב על דברי מהרי"ק וז"ל תמיה אני אלא לפי' התו' אין כאן שום ראיה דאם תלוי הדבר גם כם והיא נתקדשה לו אפי' אם יארע ליה אוזה דבר כמו נבי לוקח ומוכר ודוק עכ"ל · ולענד"ן דאין מזה קו' על דברי מהרי"ק אלא היכא דלא נגמר הדבר בקי' אלא היכא שסידך ובהביא אף דתלוי הדבר גם בה אפ"ה לא אויחינן לה ולא מחייב בקנס ולא כתבו התו' כן אלא בלוקח ומוכר שכבר נגמר המקח ונעשה ודאי דלא שקנהו המוכר אלא אדעתא דהכי אפי' אם יתקלקל ובאמת אפילו לענין מקח וממכר אם מתחייב הקונה לקטוע לעיתים בכו"כ ונתחייב ע"ז בקנס ודאי מודים התו' דאם אירע שנתקלקל לא מחייב הקונה לקנות

או

או ליתן קנס דכשיעבור אמרינן דאדעתא דהכי לא שיעבד נפשיה ואף שהדבר תלוי בדעת שניהם ועוד נר' עפ"י מ"ש התו' כתובות דמ"ז ע"ב ד"ה שלא כתב לה וכו' וז"ל דהתם אנן סהדי שבאותו ספק הוא רוצה לשכנס ואפי' אם היה א"ל אם תטרף יש לך לקבל הפסד היה לוקחה אבל הכא לא כ' כלל כ"א ע"מ לכונסה ואין דעתו כלל להכניס עצמו בספק וכו' יעו"ש וז"ש התו' ואפי' בדבר שהוא תלוי בדעת שניהם ופשוט מעתה גם בנדון מהרי"ק מעיקרא לא שיעבד אדעתה ואין דעתו כלל להכנס בספק זה ובודאי שבאותו ספק אינו נכנס ואינו רוצה לשכנס ומש"ה אף אם תלוי גם בדעת האשה אפ"ה פטור כמו גבי שלא כתב לה אלא ע"מ לכונסה ובזה ראיה גמורה לר' מהרי"ק ודוק ועיין בתשו' פני משה ח"א סי' ס"ב ובתשו' עדות ביעקב סי' י"ג ובתשו' מהר"ש אלשיך סי' ע' באשה שנשמית יעו"ש ועיין בהרב מ"ל בתשו' בא' וביה פ"ו ודוק:

ג' פרק כ"ד דין י"ד העוברת על דת וכו' עברה בינו לבינה וידע שהיא עוברת על דת וכו' כתב הה"מ זה מבואר שמחלוקת האיש והאשה בזה הוא כשאר כל התביעות שבין אדם לחבירו וכו' ונ"ל דדוקא בשידוע שעברה על דת אלא שנחלקו וכו' עכ"ל וראיתי להרב מהריט"ץ בתשו' סי' רכ"ב שהרבה לתמוה על דברי הרמב"ם חדא דאי איתא שידוע היאך טוענת לא עברתי ועו' דמלישנא דהרמב"ם שכתב עברה בינו לבינה משמע שלא עברה אלא בינו לבינה ואינו ידוע בעדים ועוד האריך להקשות יעו"ש ולעד"ן שכונת הה"מ היינו כמו שחשב הר' שידוע לכל שהיא עוברת על דת אלא שכונת ה"ה היא לאפוקי דלא נימא כיון שידע שעברה מתחילה והקדים בה אף אם אין ידוע לו אח"כ שעבירה יכול הוא להשביעה כטענת שמא אף אם לא ידע בפשי' שעברה אח"ך אלא דוקא בשידוע דהיינו שידוע לו והוא טוען ברי שעברה אח"ך אבל אם אינו טוען ברי ודאי אחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקינן והיינו שכתב הה"מ וכ"ש הוא לדעת רבי' כוונתו דהשתא ומה שטוען ברי דמזויף הוא או המנה או הבית אמרינן דאחזוקי אנשי וכו' וכ"ש הכא אם טוען ברי הא לא דמי אלא לטוען פרעתיך אבל טוען שמא אתיא כמכ"ש זה נ"ל בכונת הרב המגיד ומ"ש הרב ז"ל ליישב דברי הה"מ דבריו קשים ובפרט במ"ש על הקו' האחרונה וכבר הרב ז"ל הרגיש בחולשת הדברים ולע"ד כונת הה"מ כמ"ש וקיצר הרב כדרכו שלא כתב דדוקא בשידוע לו וסמך על המעיין ודוק:

ד' שם דין כ"ה אמר לה בינו לבינה אל תסתרי עם פ' וראה אותה שנסתרה עמו ושהתה עמו כדי טומאה ה"ז אסורה עליו כזה"ז שאין שם מי סוטה עכ"ל וכתב עליו מרן יש לתמוה מאי אריא בזה"ז אפי' בזמן דאיכא מי סוטה נמי אינו יכול להשקותה אלא א"כ קינא לה בפני ב' ונסתרה בפני ב' וכמו שפסק רבינו בפ"א מהל' סוטה עכ"ל וראיתי להרב משריט"ז בתשו' סימן קנ"ט שכתב עליו וז"ל ק' מה זו תמיהא על הרמב"ם ולא"ה הא לישנא דגמ' דקאמר ר"ח משוה לא ליתא אונים לאנשי ביתיה בזה"ז אל תסתרי בהדי פ' דילמא קי"ל כר"י בר יהודה דאמר קינוי עפ"י עצמו ומהסתירה וליכא השתא מי סוטה למבדקה וקאסר לה עילויה איסור עולם ע"כ בגמ' בריש פ"ק דסוטה וא"כ מאי קשה על הרמב"ם עכ"ל ואחרי המחי"ר תמהני על הרב ז"ל דהרי הרואה יראה דהוא תי' מרן ז"ל שכתב ואפשר לו' דנגרר אחר לשון הש"ס וכו' ואם כונתו לומר דקאמר לא מאי קשיא לא הא מלתא דפשי' היא הא ליתא דהא ודאי לא הו"ל לרבינו לתפוס לשון הש"ס כיון דס"ל דקינוי בפני ב' וסתירה בפני ב' ודאי אף בזמן דאיכא מי סוטה הדין כן ובשלמא להש"ס דמספקא ליה ניחא אבל לדידן קשה ועוד דמ"מ הו"ל להזכיר שהוא תי' הב"מ ולהקשות עליו ודוחק לומר שלא היה בני' דהא ליתא ול"ע · עוד כתב הרב ז"ל בסו' התשו' וז"ל ועוד דבזמן בהמ"ק ליכא למימר הכי משום דבזמן בהמ"ק יכול לקנות עפ"י עצמו דלא ממנ"ע אי הילכתא כר"י בר יהודה הרי מי סוטה וישקוה ואי לית הלכתא כותיה אין צריך מי סוטה ומותרת לבעלה ובודאי שבזמן בהמ"ק לא היו מסופקים בהלכה דהא קיימי סנהדרין דפסקי הלכתא וכו' ע"כ ואנכי הרואה דבריו אלו תמוהים מאוד בעיני דהא ודאי אנן לדידן דלא מספקא לן וס"ל דקינוי עפ"י ב' א"כ הוי כמו בזמן שבהמ"ק קיים ובודאי שמותרת לבעלה כיון דלא קי"ל כר"י ב"י והו"ל זה"ז וזמן שבהמ"ק שוים בשיעוריהם דבזמן שבהמ"ק פשיטא לן ובזה"ז פשי' לן וא"כ שפיר מק' מרן ז"ל דאנן לדידן לס' הרמב"ם דס"ל דלא קי"ל כר"י ב"י א"כ שוו בשיעוריהן זה הזמן וזמן שבהמ"ק קיים מאי אורייתא זה"ז אפי' בזמן שבהמ"ק הכי הוי דודאי היא מותרת לבעלה בלא מי סוטה וזה פשוט ומבואר ותמהני על הרב ז"ל שבקי בסדרי העיון איך נעלם ממנו שכלו דבר פשוט כזה ושלא כהשגחה כ"כ ודבריו צל"ע גם מ"ש הרב ז"ל דדעת רבינו ז"ל דקי"ל כר"י ב"י דאיכא דרבי אליעזר בקינוי עפ"י עצמו שותה תמ"ש בפ"א מה' סו' דין ח' קינא לה בפני ב' וראה אותה שנסתרה ה"ז אסורה שאינו יכול להשקותה דמדלא כתב קינא עפ"י עצמו ונסתרה בפני ב' משום דס"ל דקינוי עפ"י עצמו כר"י וקת"ד ואחרי המחי' כדחוי ליתא כלל דהא בפי' כתב רבינו בתחילת הפרק קינוי האמור בתורה וקינא את אשתו הוא שיאמר לה בפני עדים גם בסתירה כ"כ מש' דס"ל קינוי על פי עדים וסתירה על פי עדים סו"ד דברי הרב נפלאו ממני ול"ע · וראיתי להטור ז"ל בסי' קמ"ח שכתב וז"ל כתב בסה"מ לא יאמר אדם לאשתו בזה"ז אל תסתרי עם פ' דשמא הלכה כר"י דאמר קינא לה עפ"י עצמו שלא בפני עדים הוי קינוי ונכנסין אין מי סוטה ותיאסר עליו לעולם עכ"ל והוא כלשון הש"ס ממש ולא ידעתי למה הביאו מסה"מ ולא הביאו בסתם שהוא כלשון הש"ס ממש ועוד קשה דהא דין זה לא שייך הכא בזה"ז כיון שהטור ז"ל פסק בתחילת הסימן כיצד הקינוי אומר לה בפני ב' אל תסתרי עם איש פ' א"כ ליכא למימר דילמא קי"ל כר"י דהא כבר פסק הוא להפך מזה ועלה בדעתי ליישב דמשו"ה כתב רבינו דין זה משם סה"מ דמן הש"ס ודאי ק"א לפסוק דין זה כיון דס"ל להפך ומשו"ה

ומהר״ח סבירו מסס שה״מ לומר דאנן לדידן דלית לן כר״י ליכא אזי דינא אמנם ראיתי שאין תירוץ זה עולה כהוגן כאשר יראה המעיין וגם להר״מ שפסק דין זה קט״ו דלמא כאשר עליו וכלא לא קי״ל כר״י כ״י ודברי הרמב״ם והטור כעת צ״ע ודוק וכהדי בתרומים שאחרי כתבי זה האיתי להר׳ כ״ח ז״ל שהק׳ כמ״ש אנכי בעניי דלמה הטור כביאה מסס פה״מ ולא וס״ם עירוך וקי׳ וז״ל וי״ל דבכלמוהא היכא לפרש דר״ח מסורא הוא שפ״ל הלכה כמאן שהרי אחר שמה הלכ׳ כר״י כ״י ולבך הוזיר עכ״ל וגם אבל למאן דס״ל כרבנן ולא מספ״ל הספא ליה דחש להא דר״ח מסורא אבל מסב״מי שפסק כך למדנו שמפרש דר״ח נתי פוסק בכדיעבד בלכה כרבנן דאין קינוי אלא בפני ב׳ ואין כיפין להוליה אלא דצריך לקים לכתחי׳ לדברי ריב״י דלא לימא לאקהוה וכו׳ וכל א׳ יחוש לעצמו לכתחי׳ שמא תהא עמו באיסור כל ימיו אליבא דריב״י ודוק עכ״ל. והאהמ״ר ליקא דהא כתב רבינו הטור ז״ל בסי׳ קט״ו וז״ל א״ל בינו לבינה אל תסתרי עם איש פלוני וראה אותה שנסתרה ושהתה עמו כדי טומאה אסורה לו כוה״ז שאין מי סוטה וחייב להוציאה ויתן לה כתובה וכו׳ עכ״ל הרי בפירוש דאף בדיעבד אי א״ל כן נאסרה עליו וחייב להוציאה וכודאי שכופין אותו להוציא ואיך כתב ז״ל דבדיעבד גם ר״ח ס״ל דלא נאסרה עליו לפי שאין קינוי בפני ב׳ דמדברי הטור כר׳ להפך וצ״ע גם מה שהק׳ לדברי הטור והרמב״ם ז״ל דבודאי לא הוו להו לפסוק האי דינא כיון דס״ל דאין קינוי אלא בפני ב׳ גם את זה ראיתי להב״ח ז״ל סי׳ קמ״ו הביא זה משם מהרש״ל שהק׳ קו׳ זו והוא ז״ל תי׳ ע״ש ומה שהק׳ לעיל לדברי מהריט״ץ תי׳ החברים הי״ו דכונתו דמאי שמקש׳ מרן ז״ל לדברי הרמב״ם גם לדברי הש״ם קשם דהא קי״ל הלכתא כר״י לגבי ר״א וכודאי דצריך להרץ דס״ל דהע״ג דקי״ל הלכתא כר׳ יהושע אפ״ה יש לחוש לחומרא כדברי ר״י כ״ו וא״כ גם לדברי הרמב״ם יקו׳ כן הע״ג דפסק הלכתא ובזה ישבו קו׳ מהרש״ל עלמו כתשו׳ וגם מטעמים אחרים פשוטים כשמש וככר המרקי כע״פ ויש מהם שאודו לדבקי ועדין יש להתיישב בענין זה וצ״ע:

שוב אחז״ר האיר ה׳ את עיני ומלאתי להרב לב שלם שהביא משם הרב כמהר״ש המרהליו בעל ס׳ כרם שלמה שכ׳ על הגליון על הרב מוהריט״ץ ז״ל שלא דחה סיום דברי מרן ז״ל והוא ז״ל פי׳ כבוכה מרן כמ״ש אנכי היש לעיל לעיל קחנו משם ועיניך שים עליו ושמח לבי ויגל כבודי שכיוונתי לדעת גדול האמר:

הגם הלום ראיתי להרב בעל יד אהרן ז״ל בטור א״ה סי׳ קע״ז שכתב לדברי מהריט״ץ שבוא הוא קו׳ מרן הכ״מ כמ״ש ע״ש והנם הרב מהריט״ץ העלה דס״ל לר״ח מסורא דקי״ל הלכתא כר״י כ״ז מדחזינן לסוגיין דרהטא כוותיה א״כ והאי דקי״ל כוותיה ומ״ש ר״ח דילמא קי״ל כריב״י דמש׳ דמספקא ליה לשון דילמא לאו דוקא הוא אלא דקי״ל שפיר כר״י והעלם ב״כ דגם ריש לקיש ס״ל הלכ׳ כוותיה דר״י כיון דסוגיין דהטא כוותיה אף דקי״ל הלכתא כר׳ יהושע לגבי ר״א דשמותי הוא ע״ש שהאריך ומזה הנה מקום אתי ליישב דברי רש״י ז״ל כתומס שכ׳ ועד אין כאן כטומאה אבל יש עדים לסתירה והק׳ הרא״ש דהא לא אתיא לא כר׳ אליעזר ולא כר׳ יהושע ואין סברא לומר דרש״י ס״ל כריב״י משום דקנא דמתני׳ עיקר ועוד דיחיד ורבים הלכה כרבים ועוד דדברי ריב״י אליבא דר״א קן ור״א שמותי והיכי נקיט כוותיה עכ״ל ע״ש ולפי דברים אלו א״ש דהא אף דקי״ל ככל הני כללי מ״מ כיון דחזינן דר״ח מסורא חש לה להא דריב״י וגם דסו׳ דהטא כוותיה כמ״ש הרב וגם דר״ל משמע מדבריו דס״ל כוותיה א״כ שפיר כתב רש״י כדבריו אף דבעלמא לא קי״ל כר״א דשמותי הוא וגם שהוא יחיד שאני הכא כמ״ש:

איברא דאעיקרא דמלתא שכתב מהריט״ץ דר״ח מסורא פסק הלכתא כרבי יוסי כ״י מכוס דסוגיין דהטא כוותיה ולשון דילמא ל״ר קשה לי דהא והאי אם נפרש דר״ח מסורא ספוקי מספקא ליה היכי הלכתא שפיר קאמר כוה״ז דהא בזמן שבהמ״ק קיים ודעינן להיכן הדין נוטה כיון דיש סנהדרין דפסקי הלכתא כמאן כמ״ש הרב בסוף דבריו לדעת הרמב״ם אבל אם נאמר דודאי קי״ל כריב״י א״כ מאי איריא כוה״ז אפי׳ בזמן שבהמ״ק קיים הוי דינא הכי ואין לומר שבזמן שבהמ״ק יסתפק זה הדין דהא פשי׳ כיון דסו׳ דסטא כוותיה הכי הלכתא וגם דר״ל סבר כריב״י וי״ל וצ״ע:

אחרי כתבי כ״ז ולאתי לחפש חפשי באמתחות הספרים והאיר ה׳ את עיני ומלאתי להרב כמהר״ש הלנאוי בס׳ שמע שלמה בלשונות סי׳ י״ב שכתב על דברי הרא״ש אלו וז״ל ולא ידענא מאי קא קשי׳ דפסי׳ דכר״י כ״י פו׳ מדקיימא ליה לרש״י ז״ל כר״א ונסתרה שיעור שתראה לטומאת ביאה ומאן שמעת ליה הכי ריב״י דהא בסוטה ד״כ פריך אליבא סתירה כמי אתקש דכתיב ונסתרה והיא נטמאה ומשני הבוא לכמה שיעור סתירה הוא דאתא ומ״ש עוד דר״א שמותי הוא אינה קו׳ מקרי אנפי חדא דהא לא אמרי׳ אלא אי ליכא תנא דקאי כוותיה והכא איכא ריב״י כוותיה מדפרש מילתיה חדע לך דהא אמר ר״ח לא לימא איניש וכו׳ דילמא קי״ל כריב״י ואיך נסתפק וכו׳ ועוד וכו׳ עכ״ל הנך רואה הרב ז״ל דרך בזה קלת ממ״ש אנכי היש לעיל מדילי אבל הרב ז״ל קיצר בטעמים ולא כ׳ כ״א כיון דר״ח ס״ל כוותיה מ״מ סיפו כני מעי שכיוונתי קלת לדעתו:

אמנם העיקרא דמלתא מה שהק׳ הרב ז״ל ממ״ש רש״י ז״ל ונסתרה והיא נטמאה שיעור שתראה לטומאת ביאה ותיכה קן הרב ז״ל דס״ל לרש״י כריב״י אמח״ר ליתא והאמינו מוכיח סו׳ ערוכה בסוטה דף ד׳ ע״א וז״ל הש״ם ונסתרה ובמה שיעור סתירה לא שמענו כשהוא אומר והיא נטמאה הוי אומר כדי טומאה כדי ביאה וכו׳ ר׳ ר״ה רי״א כדי וכו׳ כ״מ או׳ וכו׳ רע״א וכו׳ ריב״ב או׳ וכו׳ ע״כ הרי מבואר מסו׳ זו דלאו כמו שהבין הרב דקאי דווקא אר״י אלא אף כר׳ יהושע כמו אתיא ודריש אהאי דרשא וכל התנאים סברי מרנן כהאי דרשא גם מ״ש הרב כלשונו והאיכא ר״י בר יהודה דקאי כוותיה מדפרש מילתיה אנכי היש לעיל

חוכך בזה הרבה דלימא דר"י טעמא דר"ה מפרש ולפולם דליה לא ס"ל והכי אמרי' בש"ס בהרבה מקומות טעמא דפ' מפרש וליה לס"ל וק"ל וראיתי למהר"א נאטינייו בס' קושפות רא"ס שהביא דברי מוהרש"א הנז' וכו' עליו דמן הסוגייא מוכח דגם ר' יהושע ס"ל דרשא זו דר"י וגם הרמב"ם שפסק הלכתא כר"י והפ"ה כתב כדברי רש"י ז"ל עכ"ד ולא ידעתי היכן ראה בסוגייא שדרשה זו ס"ל דבי יהושע דהרי הרואה יראה דמסוגייא דסוטה שהביא הרא"ס ז"ל לא מוכח מידי' כלל, גם מה שהביא ראיה מדברי הרמב"ם ז"ל ליתא כלל דהא הרמב"ם אעפ"י שפסק כלכתא כר"י אפילו הכי הביא הסיא דר"ח מסורא ומשמע דס"ל כר"י כ"י ומשו"ה הביא האי דרשא ומדברי הרמב"ם ליכא ראיה כלל ומקוורתא כדכתיבנא דרש"י והרמב"ם לאו מסוגיא זו אלא מאידך סו' דדף ד' שהביאו בריתא זו בשמס אכ"ע וכן לוין הה"מ אדברי הרמב"ם ז"ל ע"ש ודוק ועמ"ש הקו"ר על דברי הנמ"י וליתא ע"ש והרואה יראה שדברי הנמ"י הם ברורי ההלכה והרב ז"ל כמעט שלא ירד לעומק כונת הנמ"י ואין כמ"ל ודוק:

וראיתי להרב כאר שבע בשו"ת שלו בקשו' סי' כ"ז שהביא דברי ר"ח מסורא והאריך ובסוף דבריו כתב וז"ל ועוד יש לתמוה דהלא ר' חנינא נופיה אמר דלמא ולמה פסק הרמב"ם בפשי' לאיסורא כריב"י וקושייא זו ק' נ"כ על הטור בא"ח סי' קט"ו שפסק כהרמב"ם ממש והדבר צ"ע עכ"ל והנלע"ד לתרץ זה דהרמב"ם והטור דיקדקו לשון הש"ס דקאמר דילמא קי"ל כריבי וכו' וקאסר עלויה לעולם א"כ כודאי נ"ל דאם בדיעבד קינה לה בינו לבין עצמו ודאי דמתסרא משום דילמא קי"ל כריב"י והרי היא אסורה עליו לעולם ודלא כהב"ח בסי' קנ"ח שהבין בדברי ר"ח מסו' דלכתחי' קאמר אבל בדיעבד מותרת כמו שהלהקי דבריו לעיל דליתא לענ"ד דהא ודאי אי חיישינן דילמא הלכתא כריב"י גם בדיעבד חיישינן והיא אסורה עליו דמ"ש כיון דמספ"ל אף בדיעבד מספ"ל ומשו"ה הרמב"ם והטור נקטו עיקר דינא דאסורה עליו אף בדיעבד וממילא גם לכתחי' לא יאמר לה ככלע"ד בקלות הוחק בדעת הרמב"ם והטור ודוק:

ה טור סי' קט"ו אלו יוצאות בלא כתובה וכו' או טיהר לי הים ונמצאת שקרנית וכו' עכ"ל וכו' הה"מ פכ"ד מה' אישות הי"א וכתב הרשב"א ז"ל שאם היא מודה כ"ש שמפסדת כתו' שאעפ"י שאין אדם מע"ר להפסיד ממון הודאת בע"ד כק' עדים עכ"ל. אך הראב"ד ז"ל הביאו הר"ן פליג בזה וס"ל דאינה נאמנת והר"ן ז"ל נחלק עליו כמ"ש הב"י שם דברי הר"ן וסבירא ליה כהרשב"א וגם הריטב"א בשי' מכ"י הביאו הרב בהונת עולם בקו' הריכות דח"ו ע"ד ס"ל כהרשב"א ופיים ודוקא קנס מלינו שאינו משלם עפ"י עצמו אבל קרן כאומר גזלתיך וכיוצא משלם עכ"ל והרב בה"ע שם כתב עליו וראיה זו דגזלתיך אינו מבורר דכתבע ליה ודאי מודה הראב"ד דמאי כ"מ דאין אמע"ר סוף סוף הלא תובעו ממון בברי והודה לו לתת לא יתחייב ודוקא בבעל שמפיה הוא חייב ועל פיה רוצה להפקיע כתובתה לז"א שלא תאה קודאת פיה גדולה לענין זה ולא מלינו כגזלתיך דחייב כאין שלא תובעו אלא ללאת י"ש והא ודאי מודה ביה הראב"ד כיון שיודע בינו לבין קונו שגזל הימנו עכ"ל ואנכי ההדיוט דבריו אינו מכיר דודאי אם אמר לחבירו גזלתיך והלה תובעו מדבריו והוא מודה ודאי אין ספק דחייב גם בד"א ולא אמרו דפטור מד"א וחייב בד"ש אלא דוקא באו' גזלתיך ואיני יודע אם החזרתי לך או פטור מד"א ואפילו הכי חייב שבועת היסת שאינו יודע כמ"ש הש"ך ואם כן כשאינו רוצה לישבע חייב גם בד"א ומכ"ש וק"ו אם מודה עתה שגזלו ואינו אומר שאינ יודע אם החזיר אלא דגם עתה מודה שגזל ולא החזיר הא ודאי פשוט ומבואר דחייב גם בד"א אפילו בגזלתיך וא"כ השתא הכא אם הודית האשה דמשתו כדת ואינה מכחישתו לומר דשקורי קא משקרת' בך בודאי דחייבת גם בד"א ונדון זה דומה בדומה לאומר גזלתיך ולא פרעתיך דדבר ברור הוא דחייב גם בד"א דלא אמרו בש"ס והפוסקים כולם אלא בדוקא באו' איני יודע אם פרעתיך אבל ביודע דלא פרעו כי הכא דבר פשוט הוא דחייב גם בד"א ומעת' ראי' הריטב"א בריאה וחזקה ולדידי היא ראיה שאין עליה תשובה ותמהני על הכהו"ע שלא שת לבו לחלק והם דברים פשוטים ומבוארים וצ"ע ושמא הראב"ד ז"ל יתרץ לקו' זו דשהיא דיוצאות שלא בכתובה הוא קנס דקנסוה משא"כ בגזלתיך דהוי קרן משו"ה חייב בגוולה אבל בהיא מודית על עצמה להתחייב בקנס בזה אמרי' דא"א מע"ר ולא מהימנא להפקיע כתובתה כנ"ל לדעת הראב"ד מהאיא דגזלתיך ודוק:

הלכות גירושין

ו' טור סי' קל"ו אבל אם נותנו לה בחוקה שהוא שט"ח אינה מגורשת ע"כ דברי רבינו הם משנה בפ' הזורק דע"ח א"ל בכסי שט"ח זה וכו' אינו גט ע"כ והרשב"א בחידושיו כ' וז"ל ותימה לי אמאי נקט לה באומר לה כנסי שט"ח לישמעינן בנותן לה סתם דאינו גט וכ"ש באו"ל כנסי שט"ח וכו' יע"ש מה שתי' ולענ"ן לתרץ על פי סברת רבי' הרמב"ם פ"א ה"ט מה' גירושין שכ' הכא דאינו גט משמע דס"ל דאינו גט כלל ואם נשאת הולד ממזר וכמו שכתב רבינו בפרק יו"ד ובדין נתן לה סתם כתב רבינו פ"א בדין י"א ואם נתן בידה ולא אמר כלום ה"ז גט פסול משמע שס"ל דלא תנשא לכתחילה ואם נשאת הולד כשר (א"ס ועיין ג"כ כמ"ש מרן הב"י סי' קל"ו בד"ה והיכא שלא וכו' לדעת הרמב"ם כל שנתן לה סתם אינו יוצא מתורת גירושין ולפי' אינו מעכב מן התורה עד כאן לשונו ע"ש) אם כן שפיר השמעינו כמ"ש אינו גט דהיינו שאינו גט כלל דאם באמת היה משמעינו במשנה דין נתן לה סתם והתיא כמכ"ש הו"א דיו לבא מן הדין להיות כנדון ולא הוי אלא גט פסול ואדרבא המשנ' צריך להשמיענו דאינו גט כלל וכלל ומשו"ה נקט הדין בא"ל שט"ח כנלע"ד ודוק (א"ה תי' זה יספיק הרמב"ם שכתב בנתן לה סתם דברי זה ג אבל לפי משמעות דברי הטור דגם בנתן

ראינו נע ובת"ש שם הב"י מוכרחים אנו לתירוץ רבינו הרשב"א ז"ל ודוק) ׃

ז' מור סי' קכ"ז בסוף הסימן בימי חכמי התלמוד היה דרכן למנות לשנות המלכים וכו' וכתב הב"י מפורש במשנה ובג' סו' פרק הזורק וכו' אבל הרמב"ם בפ"א מהל' גירושין אחר שכתב וכבר נהגו כל ישראל למנות בגיטין ליצירה או למלכות אלכסנדרי כתב ואם כ' לשם מלכות וכו' משמע דלשם מלכות אחרת פסול וגר' שטעמו משום דאעפ"י שאין המלכיות מקפידות בכך אולי כשיראו שכותבין לשם מלכות אחרת יקפידו שמחשיבים אותם יותר ממלכותם וכו' עכ"ד וכן כתב בכ"מ שם וראיתי להרב בעל ידי אליהו בתו' ע' שהק' על הרב וז"ל ואחר בקשה המחי' הרי הא דאמרי' דאודנא לא קפדי היינו דלא קפדי כלל אפי' יכתבו למלכות אחרת וכמ"ש הרא"ש וכו' ומ"ש עוד דל"ר למה שנהגו וכו' הרי כדאמינן לתימר דאיכא למיחש לשלום מלכות הרי הם מקפידי' אפילו על מלכות שעברה וכמו דעבדי לריכותא בגמ' וכו' ע"ש שהאריך והנה מה שהקשה תחילה דהא אמרי' דלא קפדי לא קפדי כלל אחרי המחיל' דברי מרן הם סברא נכונה דודאי כיון שכותבין לשם מלכות אחרת אלא בהו מלתא דודאי שיאמרו חשובים הם יותר ממלכות שלהם ולהכי קפדי אבל מלכות שעברה הסברה נוטה דלא קפדי כ"כ והרב ז"ל דרך בזה ולא הונח לו ע"ש מ"מ לדידי הדברים פשוטים ול"ק מה שהק' הרב ז"ל אבל מה שהקשה ממאי דעבדי' לריכותא ערין קשה והרב בני יעקב עמד בזה ותי' ע"ש כד"א אבל מ"מ ק"ל לדברי הרב ז"ל במ"ש בסוף לשונו ואשר אני אחזה לי דרבי' ז"ל וכו' וכן נ"כ במלכות אלכסנדרוס שהיא כבר תמו ומקדם נהוג ליכתב בשטרות וכו' עכ"ל וקש' האמתי לא זכר הר"י כ' דמרן שב' ועוד דבמקום שנהגו ליכא למיחש וכמ"ש ז"ל אם דרך וכו' והו"ל להרב ז"ל לכתוב וכן כתב מרן ע"ש עוד ראיתי להרב ז"ל שהביא בדברי התו' בד"ה זו דר"מ וכו' והאיתי לו ז"ל שהטיח דברים כלפי הרב הגדול מהרש"א ז"ל בח"ה דברים הקשים כנידים אשר תצלנ' אזנים משמוע ובמעט שעברתי בדבריו ראה ראיתי שדברי מהרש"א ברורים ונכוחים למעיין בהם ורוח קנאה הליקהני לבוא על דבריו על ראשון ועל אחרון שהנראה שהרב לא עיין בדברי המהרש"א בלל וכר נייס שכיב כתביה להאי לישנא תחילת דברי פיהו כתב עליו וז"ל אמנם ראיתי להרב ח"ה הרבה קושיותיו בדיבור זה ומאשר הרב הזה כל דבריו בנחלי אש בעיון טרחתי לכוין דבריו ולא׃ עלם בידי הנה בתחי' שק' וז"ל וי"ל טובא בדבריהם מתה שדקדקו לקמ לפר"ח דפשטא שהבינו לשמואל מגורשת דווקא בדיעבד ולא תינשא לכתחילה א"כ הלא קי"ל כרב באיסורי היאך אנו כותבים לכתחי' לכ"ע דלשמואל נמי מגורשת בדיעבד קאמר ע"כ ואנכי לא ידעתי מה החלום הזה דהרי בפירוש כתבו התו' בקו' דלשמואל מגורשת ונשאת לכתחי' והם מה שראה שדקדקו ההו' בתי' ר"ת וכתב ולא פליג אדר"י ומגורשת היינו שמתגרש בו לכתחילה והכין חזה דלפי קושי' שוה ס"ד דשמואל בדיעבד קאמר הרי בפי' כתבו בקו' דלשמואל מגורשת

ונשאת לכתחילה וכו' עכ"ל ׃ הנה הרואה יראה דשנה בכונת הדברים דהא ודאי הדבר ברור דמלת מגורשת משמעה היינו אם נתגרשה מגורשת אבל לכתחילה לא תתגרש בו וזה ברור ולא ניתן ליאמר בשביל עיקר יסודו על ההבנה שמגורשת בודאי לכתחילה כתבתי דליתא ובדברי מהרש"א ל"ל דפשטא שהבינו מגו' בדיעבד ותינשא לכתחילה ובמתקה מלא ולא וברור ׃

עוד כתב וז"ל עוד הקשה דהך קו' א"כ היך אנו כותבין לבריאה וכו' אין זה קולה כמאי דפליג רב אדשמואל אלא כיון דקי"ל כרב באיסורי והולד כשר קאמר דמשמע לכתחילה לא תנשא היאך אנו וכו' ע"כ והתמהני על קו' זאת שהדבר פשוט לדידקי דכי רב דקו' היאך אנו כותבין דווקא תליא במאי דפליג רב אדשמואל ושיעור דבריהם כן הוא דרש"י פי' דאשלום מלכות קאי וא"כ בשבית פליג רב אדשמואל ולדידיה אסור לגרש בו לכתחילה וא"כ היאך אנו כותבין וכו' אבל אי לאו פירש"י ליכא לאקשויי היאך אנו כותבים וכו' עכ"ל ובאמת שתמהתי על תמיהתו ותמהני איך טעה בכונת הרב טעות כזה דהא ודאי דבריו ברור מיללו דהוקשה לו דלמה לבו להתוס' לכתוב על דברי רש"י דאם כן פליג רב אדשמואל וא"כ היאך אנו וכו' הו"ל להתוס' שיביאו פרש"י שפירש דאשלום מלכות קאי ויקשו דא"כ היאך אנו כותבין דודאי אין קולה כמאי דפליג רב אדשמואל וזה פשוט כביעתא בכותחא ׃ עוד כתב וז"ל עוד כתב גם הלשון אינו מדוקדק שכתבו הלכה כרב באיסורי ולדידיה אסור לגרש בו לכתחילה דלשמואל נמי הפשטא משמע להו דמגורשת בדיעבד דוקא ע"כ וכבר הקשה עליו שזה טעות גמורה שהרי בפירוש כתבו התו' בקו' דלשמואל מגורשת ותנשא לכתחילה גם יתר דבריו בתי' לכל זה הם דברים שאין להם שחר ולמה בעירות הקולמוס לבטל דברים בטלים מעצמם עכ"ל ונפלאתי הפלא ופלא על דבריו לכתוב לשון זה על מהרש"א אשר בקי בחדרי שעיון בדברים בטלים ומבוטלים לא שרירים ולא קיימים כי כבר כתבתי שהיסוד אשר בנה עליו הרב ז"ל הוא יסוד נופל דהא ודאי מילת מגורשת משמע דיעבד ואח"כ פירשו דמגורשת היינו שמתגרש בו לכתחי' והוא דרך דוחק ובל זה הוא ברור ופשוט ואף שנטיתי מדרכי המוסר לכתוב על הרב' דברים אשר לא מתוק הד"א מ"מ ליסרי לן מר כי רוח קנאה הלבשתני מאשר הרב ז"ל דיבר ק' נגד המהרש"א אשר לא נכרת במתואר ומעתה דברי מהרש"א ברור מיללו ודברי הרב ז"ל צ"ע ׃

וראיתי עוד להרב בעל בני יעקב ז"ל ד"ב א' שהקשה אדברי מרן שכתב ול"ד למ"ש שנהגו למנות למלכות אלכסנדרי דשאני התם שכבר עבר ממ"ש בש"ס ולריכא וכו' כאשר הבאנו דבריו לעיל ושם תירץ דודאי לא אמרינן הכי אלא באותו זמן שהיו כותבין לשם מלכות של אותם מדינה ושוא שינה בודאי מתקנאים דאלא בהו מלתא אבל במקום שנהגו כולם לכתוב למלכות אלכסנדרוס לא קפדי שכבר עבר ומ"ש מרן אח"ך ועוד דבמקום שנהגו וכו' ולפי מה שכתב מאי ועוד הרי היא גופא הוי התירוץ הא' נראה דה"פ דלפי תירוץ א' אפילו היכא

היכא שנהגו דוקא היכא דמונין למלכות שכבר עברה אבל למלכות המולכת עכשיו קפדי ולפי תי' הב' דנהגו שאני אפי' מונין למלכות אחרת שמלכות עכשיו לא קפדי וכו' עכ"ל וכש' קרית מלך רב כתב עליו אין זה נכון דא"כ מה זה שהביא מרן ראיה ממ"ש ז"ל לשם מלכות וכו' אם דרך אנשי המקום למנות כו ה"ז כשר ומאי ראיה היכא מהתם שאני דנשנו למנות באותה מדינה אבל במקום שלא נהגו מנ"ל דכשר עכ"ד ולדידי כונת הרב"ע ברורה דפי' דבריו שכתב אם מונין למלכות לא קפדי פירוש אם נהגו באותה מדינה לכתו' למלכות אחרת אמנם ממה שפירש בתי' הא' נראה דעתו דבמלכות אחרת אפי' שנהגו פסול שכן מוכח לפי' זה דבתי' ב' פירש דבמקום שנהגו שאני פי' אם נהגו באותה מדינה וכמו שהביא ראיה מרן ז"ל משמע דלתי' א' אף אם נהגו פסול והא ליתא מלישנא דרבי' שהביא הרב כ"מ דכתב אם נהגו באותה מדינה לכתוב כשר מכל מקום דבריו קשים לשמוע וצ"ע ·

ומ"ש התו' בשם ה"ר יוסף ראיתי להרב ידי אליהו שם שהבין דהוא ניהו תי' ה"ר אלחנן אלא שהוסיף הר"י שהביא ראיה לדבר ע"ש ולדידי הלעיר נראה דגם בעיקר הקו' מוחלקים והוא שה"ר אלחנן כתב דהאידנא לא חיישינן משום שלום מלכות משום דגם הגוים אינם כותבין לשם מלכות וכיון שגם הנכרים אינם כותבין לשם מלכות אם כן גם אנן אי לא כתבינן לשם מלכות לא חיישינן כיון דגם הנכרים אינם כותבין אבל ודאי דהכתי לא ידעינן טעמא מאי שאין הנכרים כותבין אלא אנן שמכינן אדידהו לא כתבי וכ"מ דאם הנכרים כותבין לשם מלכות אף אנן צריך לכתוב לשם מלכות אע"ג דידעינן דלא קפדי המלכות ע"ז אבל הר"י כתב שהאידנא לא קפדי ע"ז ואף אם כל העולם כותבין לש"מ אי כתבו לש"מ אחרת כשר כיון דידעינן דלא קפדי כנ"ל וכן נראה עיקר דעת התו' שלא כתבו וכן פירש הר"י והביא ראיה וכו' אלא שכתבו ושר"י פירש משמע דהר"י ז"ל מוחלק מס' הר"א ז"ל ודוק ·

ח' טור סי' ק"ל הביא הרבה פוסקים דס"ל דחתם סופר ועד פסול ע"ש ובתשובה למהריט"ץ סי' רמ"ו תמה לדעת הסוברים דחס"ו פסול מהא דאמרינן בסוף התקבל ההוא גברא דעל לבי כניסתא וכו' רבא אמר הלכתא משוי אינים ברא שליחא במקום אבא ע"כ הרי הכא שהב' הם כותבין וחותמין והוי חס"ו ואפ"ה איפסיקא הלכתא בהדיא דכשר אפי' לכתחי' יעו"ש ול"נ לומר דס"ל ז"ל דלא איפסיקא הלכתא בש"ס אלא אי משוי אינים לברא שליחא במקום אבא וכגון דהם ד' וא"ל ב' מכם יחתמו וא' יכתוב והיה בהם אב ובנו דאפילו מת האב יכול הבן לכתוב או לחתום וכגמ' דקאמר לב' ס"ל כההיא דר' ירמיה דחס"ו כשר ואנן לא קי"ל כוותיה אך בעיקר דינא דהי משוי אינים שליחא לברא במקום אבא הוא דפסיק כגמ' דמשוי ולא לענין חס"ו ודוגמא לזה מצאתי להטו' ז"ל ברמזים שכ' וז"ל מי שאמר לחבורת אנשים ב' מכם יהיו שלוחים ליתן גט זה לאשתי והיה בהן אב ובנו אדם עושה שליח לבן במקום האב וכ"א

מצטרף עם אחר להיותו שליח עכ"ל הרי שהטור לפי שסו' דחס"ו פסול וכת"ש ברמזים דפ' המגרש העתיק ענין זה לענין שליחות דוקא דהיינו הולכה ולא לענין כתיבה דלענין כתיבה לא קי"ל הכי ולא איפסיקא הלכתא הכי אלא לענין שליחות או כגון נדון שכתבתי אבל לענין ב' שיכתבו לא קי"ל הכי וכמ"ש זהו הנלע"ד ברור בדעתם ז"ל ודלא כהרב מהריט"ץ שהניח הדבר בצריך עיון ודוק :

ט' טור סי' קנ"ו סעי' י"ד האומר זה בני או שאמר יש לי בנים ה"ז נאמן הנה מבואר דטעמא הוא מפני שבידו לגרשה והרב מש"ל נסתפק באונס ומוציא ש"ר כיון שאין בידו לגרשה והר' ודיעות האהל בתשו' סי' י"ע כתב עליו ולדעתי שאין בספיקתו שום ספק כלל דא"כ תימא על עצמך בזה"ז שיש חרם דרגמ"ה שלא לגרש בע"כ היכי נאמן מטעם שבידו לגרשה לפי דעת המ"ל והנה הטור ושאר אחרונים פסקו מהאי טעמא משום שבידו לגרשה נאמן עכ"ל ואחהמ"ר הא לא מכרע' דהטור ושאר אחרונים דס"ל דנאמן היינו משום דס"ל דחרם דרגמ"ה לא נתפשט בכל המקומות גם דלא החרים אלא ע"ס אלף שה' וכן מבואר בטור סי' קי"ט שכתב דאשה מתגרשת בע"כ ולא הזכיר חרם דרגמ"ה וגם בסי' א' גבי הנושא אשה על אשתו כתב ובמקום שיש תקנה שלא ישא אלא א' הולכין אחר המנהג עכ"ל נראה ברור דאין תקנה זו ברורה אלא בקצת מקומות שנהגו כן וכן כתב מרן בשה"ט שלא פשטה בכל המקומות וגם דלא התקין אלא עס"ו אלף החמישי ע"ש וא"כ מעתה א"כ דבמקום דנוהגים כן עדין הס' במקומו עומד אם נאמן אך הטור ושאר אחרונים לא דיברו אלא בזה"ז דלא תיקן רגמ"ס וברוב המקומות שלא נהגו כן וא"כ דבמקום דנהגו כך לדעת המש"ל ספיקא הוי כמו אונס ומוציא ש"ר כן נראה לעניות דעתי ודוק (א"ה ועוד י"ל דשאני חרגמ"ה דאם גירשה נטו גט כמבואר לה' התכי"ב סי' קי"ט הגה"ה אות ט' וא"כ בידו לגרש' מקרי ולהכי נאמן אם אמר ה"ז בני משא"כ במוצי' ש"ר ובאונס אע"ג דגטו גט מ"מ בעמוד והחזר קאי וב"ד כופין אותו שיחזירנה ולא מקרי בידו לגרשה משו"ה נסתפק המש"ל בהו ודוק ועוד י"ל דגבי חרגמ"ס בידו לגרשה מקרי דסמוך למיתתו נותן לה גט על תנאי אם מת הוי גט מעכשיו ואם לאו לא הוי גט משא"כ גבי אונס ומש"ר דאינו יכול ליתן לה גט ע"ת אם מת משום דל"ל מעכשיו ואינו יכול לגרש מעכשיו א"כ אין בידו לגרשה ושפיר נסתפק המש"ל וספיקו במקומו עומד ועיין כי זה נכון הוא) ·

יוד שאלוני דעיוני על ת"ח זקן והוא בן שבעי' שנה שמתה אשתו ולו ממנה בנים זכרים דוקא ושם הולידו בנים ובנות ה' עליהם יחיו והת"ח הנז' רוצה לקחת לו אשה כאשר הזהירנו רז"ל דאסור לאדם לעמוד בלא אשה אם מותר לישא אשה שאינה בת בנים ודיו שמצלת אותו מן החטא או נימא דאסור כיון שלא היה לו מאשתו הראשונה זכר ונקבה הגם שבניו הולידו זכרים ונקבות הא ודאי פשיטא לי דלכתחילה מלוה

רמיא עליה לקיים מאמרן ז"ל שדרשו ע"פ ולערב אל תנח ידיך וכו' שיוליד בנים בזקנותו כי קא מבעיא לי דאמר בשלמא דקשישנא דרדקי ולא ניחא לשבוק לצערא דינוקי מי קא עביד איסורא בקחתו את אשה זקינה שאינה ראויה לבנים ועכ"פ אמרתי לדרוש ולתור בדברי הפוסקים ראשונים ואת אחרונים אחת שאלתי מאת ה' יורני בדרך אמת להעמיד משפטי ודיני וזה החלי בעזר צורי וגואלי ·

תשובה הנה תחילה וראש צריכים אנו לעמוד על הדין אי מקרי קיים מצות פו"ר יען כי בניו הי"ו הולידו בנים ובנות וידוע כי בני בנים הרי הם כבנים ודווקא אנכי בסוגיא דפ' הבע"י דס"ב ע"ב דאיתא לבריתא דהיא דבני בנים הרי הם כבנים ואמרו שם סבר אביי למימר ברא לברא וברתא לברתא וכ"ש ברא לברתא אבל ברת' לברא לא א"ל רבא לשבת יצרה והא איכא ע"כ וכתבו התו' בד"ה וכ"ש ברא לברתא וא"ף על גב דאמרינן לעיל אין ב' זכרים חשובים כבן ובת הכא שאני שבא מבת מי שפטרתו מפ"ו פשי' דקאי שפיר הכא במקום הבת עכ"ל הנה דעת התוס' ברור מיללו דב' זכרים לא חשיבי כבן ובת לפטור מפ"ו אף אם הולידו זכרים ונקבות אלא בעי' אחי' שיוליד בן ובת ואף כי הם יולידו זכרים דוקא ולא נקבות מיקרי קיים פ"ו האמנם כדבר זה מצאנו שהרמב"ם ז"ל חלוק ע"ז שכת' פט"ו מה' אישות נולדו לו זו"נ והניחו בנים ה"ז קיים פ"ו בד"א כשהיו בני הבנים זו"נ והיו באים מזו"נ אף עפ"י שהזכר בן הבת והנקיבה בת בנו הואיל ומשני בניו הם באים הרי קיים פ"ו וכו' ומרן ז"ל בסימן א' מאה"ע סעיף ה' העתיק לשון הרמב"ם ולדידהו נר' דבעי' תרתי שיהיו זו"נ באים מבת וזו"ן ·

וראיתי להחה"ר בשו' רש"ב שהשכים דעת התו' לדעת הרמב"ם וכתב דלרבא בעינן שבת וצריכין לשיות זו"ן והתו' מקשו לפי הכ"ש דסבר אביי ולפי המסקנא איכא למימר דבעינן זו"ן עכ"ל הכן מת"ש בפסקי התו' א"כ כן דלהלכה כתוב שם דבן ובת הבת פוטר מפ"ו ועו"ש גם כתי' הרשב"א מבואר דדעתו כדעת התו' שכ' בפלוגתא דב"ש וב"ה וז"ל מסתברא לי דשמעי' מינה דב"ה דוקא זו"נ קאמרי אבל ב' זכרים לא וכו' והא דאמרי' לקמן בני השלמה ב"ב הרי הם כבנים ואמר אביי ברא לברא וכו' וכ"ש ברא לברתא התם בבני השלמה בלחוד הוא דקאמרי כיון דאיהו אוליד נקבה אע"ג דמתה כיון דאולידה בר מהני ותדע לך דהא לב"ש ב' נקיבות לא והתם קא' רבא דאפי' ברתא לברא דלשבת כתיב ע"כ וכן מצאתי בשו' הריטב"א שכתב כלשון הרשב"א בשם גאון יעו"ש ואיך שיהיה בענין השלמת במחלוקת היא שנויה דלהרמב"ם ודעימיה בעינן מזו"ן ג"כ זו"ן ולשאר הפוס' אפי' ב' זכרים הבאים מזו"ן שני ואיכא מאן דס"ל דאפי' ב' נקבות הבאים מזו"ן שני ומ"מ לכ"ע בעינן שיוליד אחי' זו"ן דוקא וב' זכרים לא שני אפילו שהב' זכרים יולידו זכרים ונקבות וכן ראיתי בד"מ שהביאו הכ"ן בשם רפ"ך וכן אתה מוצא להרדב"ז ז"ל בתשו' בחדשות ח"א סי' קכ"ו שכ' שם וז"ל וליכא למימר דטעמא דהני תרי זכרים יולידו זו"ן דהא אין ב"ב לקיום מפ"ו אלא בזמן שבאים מבת וזו"ן אבל אם מבת וזכר או מבת נקבה אפי' יהיו אלף בנים ובנות לא קיים ופשוט הוא עכ"ל ·

האמנם לענין כפייה אם יש לו בנים זכרים או נקבות ושוב שהתה יו"ד שנים ולא ילדה או אפי' שהזקינה שאינה בת בנים אין כופין להוציא ובכבר ראיתי בתשו' הנז' שהביא משמיה דהגהמ"י שכתב דלכ"ע מיהא אם לא ילדה אלא כולם זכרים או כולם נקבות אף עפ"י שזו"ן היא המצוה אין כופין אותו להוציא ע"כ וכתב עלה הרדב"ז וז"ל ואני ק"ל כיון שעדיין לא קיים המצוה מה הואיל וכיון ששהתה יו"ד שנים רגלים לדבר דשוב לא תלד ויצא לו כלי חמדה עכ"ל ובשאני לעצמי יותר מזה אני תמיה לא שמעתי ולא ראיתי שכפו ב"ד לשום אדם להוציא אפי' למי שלא ילדה לעולם או שילדה נקיבות דוקא וכ"ש וק"ו למי שילדה זכרים ולא נקבות ולא ידענו טעם לדבר אכן בתפש' ע"ז ראיתי להריב"ש בתשו' סי' ט"ו שנשאל על מי שאין לו בנים ורוצה ליקח אשה זקינה אם יכולים למונעו וכתב הרב בתשו' דמן הדין מונעין אותו מלישאנה ולבסוף כתב דכ"ז שורת הדין לפי הש"ס אבל מה נעשה שלא ראינו בימינו ולא שמענו מכמה דורות ב"ד שנזקק לזה להוציא ולכוף אשה ששהתה י"ש וכו' או שהיא זקינה אף אם אין לו בנים ומן הדין היה צריך לכוף ולהוציא או ליקח אשה עליה ואפי' אם יש לו כמה זכרים כי עדיין לא קיים מפ"ו אם אין לו זו"ן וכו' ובסוף דבריו כתב אם היו ב"ד נזקקין לדקדק עפ"י שורת הדין בעניני הזיווגים ובאים לכפותם היו צריכים לכפות את כולם ורוב הנשים שבאות בימים היו יוצאות ונוטלות כתובה ונדונייא וליח כתובה דלא רמו בה תיגרא ותרבה הקטטה והמריבה ולזה העלימו חכמי הדורות את עיניהם בענייני הזיווגים שלא למונעם אכ"ל שלא להפרידם כל ששניהם רוצים וכו' יעו"ש עוד כתב הריב"ש בסוף התשובה הנז' וז"ל וכן אפי' שבאלו הארצות אין כופין להוציא אשה שאינה בת בנים וכו' שהרי באלו הארצות אין מקפידין בזה כ"כ והאדם נושא ב' וג' נשים ואין מבלים שכך נהגו עכ"ל ומור"ם ז"ל בא"ה סי' א' ס"ג פסקה לתשו' הריב"ש הלזו ואין ספק דהטעמא קמא קסמיך דטעם ב' לא שייך לדידהו דפשטו אצלם תקנת רגמ"ה וגם לדידן רובא דרובא משביעין שלא ישא אשה אחרת עליה ובודאי דסמכינן אטעמא קמא שכ' הריב"ש האמנם לא אוכל להתאפק ממה שאנו רואים גדולים ואנשי מעשה שאין שמים לב על הדבר ובפרט אם יש להם בנים זכרים שוב לא ישיתו לב ליתן גמר המצוה ולא עוד אלא יש להפליא על אבותי' הקדושים אברהם ויצחק שקיימו כל התורה כולה ואפי' עירובי תבשילין איך לא השלימו מצוה זאת אליבא דב"ה דקי"ל כוותיהו ומה שדרשו רז"ל שבת היתה לו לא"א ובכל שמה אין דרשה זו מוסכמת ואדרבא זאת מצאנו בב"ר פנ"ט ס"י שאמרו שם ר' יודן ור' נחמיה ר' יודן אמר שנתן לו נקבה א"ל ר' נחמיה עיקר ביתו של מלך אין כתוב בה ברכה אלא וה' ברך את אברהם בכל שלא נתן לו נקבה כל עיקר ע"כ הרי לך דעת ר"נ דטובה עשו לו מן השמים שלא הוליד שום נקבה ואיך לא

זיכהו

זוכהו השי"ת לקיום מצוה זו כי רבה היא אכן
אחר החיפוש ראיתי להרמב"ן ז"ל בפי' התו' פר'
חיי שרה שכתב בזה וז"ל ולרבותינו בזה ענין כפלא
אמרו וה' בירך את אברהם בכל דמ"א שלא היתה לו
בת ר"א בת היתה לו ואחרים אומרים בת היתה
לו ובכל שמה דרש ר"ל שלא היתה לו בת לאברה'
וזה לו לברכה כי לא היה לו להשיאה רק לבני
כנען הארורים ואם ישלחנה לארצו ג"כ תעבוד שם
ע"ז כי האשה ברשות בעלה ואברהם לא יחפוץ
שילא מזרעו הכשר לחו"ל ואף כי יעבוד ע"ז וכו'
ע"ש וגם רבינו בחיי ז"ל פ' חיי שרה אחז דרכו
של הרמב"ן בזה יעו"ש גם ראיתי להיפ"ת שכתב
שם וז"ל ואעפ"י שהבת צורך לקיום פ"ו ס"ל דכיון
דהא עסק בפ"ו ולא עלתה בת בגורלו ברכה היא
לו כיון דטוב לאדם שלא יהיה לו בת אלא שהתו'
חייבה עליו אעפ"י שאינה טובה לו מצד ישובו
של עולם ועוד כיון דאברהם לא יעלה לו מתנה
זרע כשר שיצטרך להשיאה לאחר תבני כנען או
לעע"א כדלעיל ואולי לזה נתכוון הרמב"ן וכו' עכ"ל
גם ראיתי בתופשי למהר"ש אלשיך ז"ל בפי' עה"ת
וז"ל ודעת הב' שלא היתה קפידא בימים ההם
על הבת ומה גם בהיות בלתי כמלא או דאוי
להשיאה לו שהיה זרעו רצוי לפניו ית' כי כל אשר
הקוור אברהם למוטב לא נמשכו וזרעם אחרי ה'
כי אם זרע ישראל והרי מצינו ביצחק שלא הוליד
בת ואם מת שלא היה זו"ן יתייחס לאסרון או
קושי גדול הוא והיה זה ביצחק עולה תמימה ואפי'
יעקב אלמלא בקשת לאה לפניו ית' יתהפך הריונה
לבת בשביל אחותה שתלד ב' זכרים לא ילדה את
דינה וכו' יע"ש ובהכי ניחא דעתין לייסב דעת
הבהק"ו כי יש להם טעם בעיקר וכמ"ש הראשו'
ז"ל אך לבי מהסס על גדולי ישראל שאם זוכה
לקיים השי"ת בבנים זכרים טוב אינם משגיחים עוד
לגמור המצוה ואין ספק כי חשו רבנן להאי מלת'
דנקיט ואחיה תיגרא בביתא מת"כ אם יגרש אשתו
ראשונה אם הבנים קשים גירושין דאפי' מזבח וכו'
ואם ישא אשה אחרת עליה דיכול לקיים בשפוקיישו
הא במי קשיא כי צרה שמם ואמהות הקדושות
לא יכלו לעמוד על הדבר הזה שנה כי כן אמי
נבדו רברבי קמו עמדו בשואה"ת וכ"ש וק"ו כי רוב
האנשים הנושאים נשים אתה נושאים נשים קטנות
מהם בשנים וכ"ז שערין יש להם הורם בנשים יש
תקנה כי יתעברו ויולידו ובעבור ימי הזקנה גדול
שאיש בביתו זקן ואינה לפי כבודו פן יהיה לבוז
ברוב עם הן אם יתעורר לגרש אשת נעורים הן
אם ישא אחרת עליה כבלע"ד ללמד זכות לפי חומר
הנושא

ובחופשי באמתחות ספרי שפוס' האחרונים
עיני ראו להרב מעיל צדקה בתשו'
סי' נ"ג שהאריך הרחיב בענין זה ותמצית דבריו
כי מצד הדין ראוי שהב"ד יכופו לכל שיבא עם
אשתו י"ם ולא ילדה שיוציאנה אמנם בדורות הללו
לא נהגו כן מטעם הא' שכתב הריב"ש פן תרבה
קטטה ומריבה וכתב עליו דטעם זה יספיק
שלא יכפו לספירדם אבל היה להם למנוע נשואין
כאלו מתחילה ואפי' בהפרידם מה נשתנה זה"ז
מימות עולם שמסתמא היה ג"כ מריבות ולא חשו
לשו אח"כ כתב ואולי סמכו על הנמק"י שכתב
בשם הרשב"א דאיכא דס"ל דהאי דינא דכפיה
דוקא כאין לו בנים כלל אבל אם יש לו בן אחד
וכ"ש יותר אין הדין לכפות שנם דלא קיים מפ"ו
יש לחלק בין יש לו לאין לו דאם יש לו שוב אינו
בכלל לא תוהו בראה שהרי יכול לזכות ע"י הבן
עדי עד מש"כ אם אין לו בנים כלל וכו' דהראיה
לזה מא"א ויצחק אע"פ שלא ילדו בנות ולא מצינו
שנשאו בשתלות ע"ז ואת"ד יע"ש ולפי מה שכתבא'
הך ראיה שהביא מאברהם ויצחק לאו ראיה ולא
שמא מתיא דשאני שאבות דאין איש לבא עליהן
מבני ישראל הכשרים ופן יבאו ח"ו לעבוד ע"ז
ובהשיא דניתא לחבר למעבד איסורא זוטא ולא
ליעביד ע"פ איסורא רבה וכ"ש וק"ו דעבדי איסורא
בשב וא"ת שלא לישא נשים להוליד בת וכמש"ל
הנכי שלעיר משם הרמב"ם ורבינו בחיי ומהר"ש
אלשיך ז"ל אך הטעם כמ"ש הריב"ש בטעם הא'
ע"כ נמלא ·

(א"ה לענין פלוגתא דהרמב"ם עם התוספות
והרשב"א והריטב"א שהביא הרב המחבר
למעלה לכאורה נראה דדעת הרי"ף והרא"ש ס"ל
דב' זכרים הבאים מכח זו"ן מהני בסברת התו'
מדהעתיקו גי' הש"ס כמ"ש שלפנינו בש"ס גר'
דמפרשי לה כפשטא ודלא כהרמב"ם דהו"ל גי'
אחרת בש"ס כמ"ש הב"ח סי' א' יע"ש וכן הטור
לפי גי' הב"י בדברי הטור נראה נ"כ דס"ל דמהני
ב' זכרים או ב' נקבות כמ"ש הב"י שם וז"ל ומפשט
דברי רבינו כר' וכו' וגר' דה"ה אם הניח כל א'
מהם בת עכ"ל ומ"ש מרן ונראה דה"ה לא ידענא
מאי קאמר הייגו פשט דברי רבי' הטור לפי גי'
והבנתו בדברי הטור ומשמע מדבריו דמחדש לן
מדעתו דין זה והוא פשט דברי הטור ובדוחק יש
לייסב דה"ק מרן ונראה נ"כ מדברי רבינו הטור
דה"ה וכן ראיתי להרב הפרישה שהבין כן דברי
מרן יעו"ש ומה שנדחק לייסב הש"ס שם מתאי
משמע דב' זכרים דוקא מהני ולא שתי נקבות
יע"ש איך שיהיה לכאורה נראה דעת הרי"ף והרא"ש
והטור כדעת התו' והרשב"א ·

אמנם אחר האמת מי שיראה דבריהם פ' אלו
מגלחין דפסקו כהויא דבעי' זו"ן הבאים
מכח זו"ן וכ"כ מרן בב"י יו"ד סי' של"כ דעת"ש הטור
דבעינן תרתי כתב מרן הב"י וכן כתבו הרי"ף והרא"ש
פ' א"מ דבעי' תרתי ע"ש וכדוחקים לומר דשוו גרסי'
בגי' הרמב"ם לדעת הב"ח ומ"ש בפ' הבע"י גיר'
שלפנינו היא מוטעית וצריך להגיה בדבריהם וכן
הטור ברמזים פ' אלו מגלחין ופ' הבע"י כתב
דבעי' תרתי כיע"ש ומוכרח לומר דגירסת הטור
היא מוטעית נ"כ וכמ"ש הב"ח שם דגי' הטור
כהרמב"ם או בהכרח י"ל דמפרשי לגירסת הש"ס
שלפנינו כמ"ש התה"ד סי' רס"ב לדעת הרמב"ם
ושוב דברי הש"ס יע"ש או כמ"ש הרדב"ז ח"א סי'
ל"ו בלשונות יע"ש וכ"כ הפרישה שם עיין על
דבריהם גם לדברי הרי"ף והרא"ש והטור בפירש
דברי הש"ס כן וכמ"ש הרב יד אהרן לדעת הטור
יע"ש וא"כ צ"ע הרמב"ם והרי"ף והרא"ש והטור
ברמזים וגם ביו"ד סי' של"כ הגי' כפי' דבעינן
זו"ן הבאים מכח זו"ן וכמ"ש הב"ח הגי' האמיתית

בדברי

בדבריו הטור וגם הסמ"ג. עשין מ"ט: ובסמ"ק סי' רפ"ד דבעינן תרתי והרדב"ז בחדשות ח"א סימן קנ"ו ומרן בשו"ע ובב"מ הביאו הפרישה יע"ש וכ"כ הרב ור' אהרן יע"ש וכ"כ הב"ח משם הפ"ך בשם ד"מ וכ"כ הב"ש שם והבאה"ט יע"ש כדבריו' ואף בתו' לסברת התס"ד כולי עלמא ס"ל דבעי' זו"ן הבאים מבת זו"ן ולא מהני ב"ז או ב"ב ולא קיים מפ"ו וחייב לישא אשה כדי לקיים מפ"ו ואי לא איסורא קעביר מקרי אי יכול לישא אשה ואינו נושא ופשוט הוא אך לדעת פסקי תוס' והרשב"א והריטב"א והרמב"ם לדעת הרב בני דוד פאלקון ז"ל יע"ש אף דאין דבריו נראין כמו שיראה המעיין שם ואין הפוסקים מסכים להשיב על דבריו מ"מ הני ס"ל דב' זכרים או ב' נקבות הבאים מזו"ן מהני ולא מחייב לישא אשה אלא משום ולערב אל תנח ידך וכו' אבל איסורא ליכא וליכא חובה רמיא וכודאי דלא קי"ל כוותייהו כנגד רבוותא הנז"ל דס"ל דבעינן תרתי וכמ"ש וכודאי לדינא דחייב לישא אשה אי ליכא טעמא דהריב"ש שכ' הרב המחבר לעיל וכופין אותו לישא אשה בת בנים כדי לקיים מפ"ו ודוק' וכ"ז שכתבתי הוא אדינא שהביא הר' המחבר בתוך דבריו אבל לענין נ"ד שהובא בשאלה בר' דאליבא דכ"ע דחייב לישא בת בנים ואיסורא קא עביר אי לא נסיב וגם לסברת התו' והריטב"א והרשב"א בנדון שלפנינו מודו כ"ע דלא קיים מפ"ו וכיון שלא קיים פ"ו אם נשא אשה שאינה בת בנים פשיט' דקא עביר איסור' וכופין אותו וכמ"ש הרמב"ם שם פ"ט הל"ז אם נשא אשה ושהתה י"ש וכו' דכופין אותו להוציא כודאי דכופין אותו משום דקא עביד איסורא ופסקה מרן בשו"ע סי' קנ"ד סו' יע"ש וא"כ ה"ה הכא בנ"ד דמ"ש ופשוט וכ"כ הכנה"ג הגהב"י א"כ והביאה הרב בני חיי וכ"כ יד אהרן ז"ל דאליב' דכ"ע מי שיש לו ב' בנים או ב' בנות ולא' בן או לא' בת לא קיים פ"ו ותמהני על מהרימ"ט שהבי' הכנה"ג יע"ש וכ"כ הפרישה משם הד"מ דלא מהני ב' זכרים וכ"כ הרדב"ז יע"ש ואף שכתב הנמק"י דמהני היינו לענין שאין כופין אותו ומטעם שכת' הריב"ש והביאה הד"מ סי' א' וסי' קנ"ד יע"ש אבל בנ"ד פשיטא דאף בנמק"י והריב"ש מודו דכופין אותו לישא דליכא הכא טעמא שכ' הריב"ש ז"ל וכ"ע מודו דחייב לישא אשה בת בנים אך כלע"ד דאם הת"ח דחיקא ליה שעתא והוא טרוד במזונותיו אם ישא אשה בת בנים ואינו יכול לעסוק בתורה יש לומר דמותר לישא אשה שאינה בת בני' כדי לעסוק בתורה וצריך להתיישב בדבר זה · כללא העולה לענין דינא דאליבא דכ"ע דחייב הת"ח זה הזקן לישא אשה בת בנים כדי לקיים מפ"ו כמבואר למעלה כנלע"ד ספעו"ט) :

י"א יש לחקור על מה שנהגו בכתובות שלנו לכתוב בתנאים שלא ישא אשה אחרת עליה אלא א"כ ששהתה יו"ד שנים ולא ילדה זרע של קיימא ונשבע החתן על כל התנאים ונסתפקתי שאם יהיה האופן שילדה בתוך היו"ד שנים ולד שנגמרו שערו וצפורניו ובתוך ל' יום מת אי חשבינן לה מעת הנשואין או מעת לידתה אותו הולד ופניתי אני לראות שורש הדברים ואומר דהנה לענין יבום גרסינן בפרק החולץ רשב"ג אומר כל ששהה ל' יום באדם אינו נפל הא לא שהה ספיקא הוי ופרש"י וחולצת ולא מתיבמת וכן פסק הרמב"ם פ"א מה' יבום וכן כתב הטור בא"ה"ע סי' קנ"ו ופסקה מרן בשו"ע שם ועיין בה"ה שהאריך בזה מיהו לענין אבלות קי"ל דכל שלא שהה שלשים יום אין מתאבלין עליו וכמ"ש בי"ד סי' שמ"ד אבל בהא מלתא כעת לא ראיתי בספרי הפוסקים שיכי נידון בה ·

והנה דכוותא חזינא לענין הכישבון שמתנים שאם מתה האשה ולא הניחה אחריה זרע של קיימא שיחזיר הבעל ליורשיה ראיתי בתשו' הרשב"א המיוחסות סי' יו"ד והובא בב"י סי' קי"ח דאזלינן בתר לשון התנאי יע"ש ואחריו נמשכו מהרי"ל בתשו' ח"ב סי' קי"ד ומהרשד"ם בא"ה"ע סי' קכ"ב ומהרש"ך ח"ב סי' ע"א והרב נחלת שבעה ח"ב סי' פ"ב ושאר האחרונים וכולם זכו לבעל מכח דס"ל דכיון דהיורש בא מכח הדין ויורשי האשה מכח התקנה הו"ל הבעל מוחזק והמוציא מחבירו עליו הראיה וגם שראה מתשובת מהר"מ גאלנטי סי' ק"כ דס"ל דסתם זרע של קיימא הוא שיחיה ל' יום כבר הושג מהאחרונים והם הרב כ"ש בתשובה סי' כ"ז והרב עבודת הגרשוני בתשו' סי' ואני בעוניי בתשובה אחרת ישבתי דברי מהרמ"ג בטוב טעם ודעת שלא כתב כן אלא לפי מנהג דמשק ששם כותבין בפירוש דזרע של קיימא הוא שיחיה שלשים יום וכמו שבא בשאלה יע"ש אבל אם אינו כתוב כן בתקנתם או בעיר שאין מנהג ותקנה אזיל ומודה לשאר הפוסקים דסתם זרע של קיימא היינו שנגמרו שערו וצפורניו ולכאורה נראה דגם בתנאי זה היה ראוי לומר כס' הפוסק הנז' דמקרי זרע של קיימא אפילו לא חיה שלשים יום ואינו יכול לישא אחרת עד שתשהא יוד שנים מיום שילדה אותו הולד כרם ראיתי בתשו' להרדב"ז בח"א סי' ס"א רל"ג בראובן שנשא קטנה ועשה תנאי שלא ישא אשה אחרת אלא א"כ ששהתה וכו' ושיא שהתה אחר נשואיה וטוענת שהיו"ד שנים הם מזמן שהיא ראויה לילד והוא אומר מיום שנשאה והשיב שהדין עם הבעל שהרי מן הדין יכול לישא כמה נשים ושיא באה עליו מכח התנאי וכיון שהדבר ס' יד הבעל על העליונה ולא יתבטל מפ"ו יעו"ש וא"כ דון מינה ואוקי באתרין דכיון דספיקא הוי יד שבעל על"ע וכן ראיתי למהריק"ש בס' ערך לחם סוס"י קנ"ד שכתב וז"ל וראיתי נוהגים שאם ילדה ומת תוך שלשים יום לא חיישי' שמא כלו חדשיו אע"ג דנגמרו סימניו ואפי' בשנשבע שלא ישא וכו' ור"ל טעם למנהג משום דבלשון בנ"א לא קרו ולד של קיימא אלא הנראה לעין שחיה ל' יום וכיון שהיא באה לעכב עליו שלא ישא המע"ה וגבי שיור לא אמרי' הכי ושאני התם שהיורש מוציא מחזקת הבעל עכ"ל ·

והנה מ"ש הרב ז"ל טעם למנהג משום דל' בני אדם בדבר מבואר בתשו' הרשב"א הביאה מרן בח"מ סי' מ"ב מחו' ה' שכתב וז"ל כלל גדול אמרו חמע"ה ולפיכך כל מוציא שטר ידו על התחתונה ופעמים שיד בעל השטר ע"הע בזמן שהלשון שאמר כולל לפי דעת השומעים ולפיכך

חזקת

חזקת וכו' וכתשו' אחרת כתב כל שמשמעותו ניכר לכ"ר מתוך הכתב שהוא כן דנין אותו ואפי' ליפוי כח של בעל השטר וכו' יע"ש נראה ברור שכל שלשון כ"א משמעותו כן דויינן כמשמעותו ואפילו לסולקא ומעתה ק"ל עמ'ש דלגבי שיור ל"א הכי דשאני התם שהיורש מוליא מיד הבעל דאי איתא שלשון כ"א כן הו"ל לדון אף להוליא וכמבואר כדברי הרשב"א ול"ע וכן ראיתי כתשו' שבות יעקב ח"א סי' ק"ט שנשאל ע"ד היסכון ואסוף דינא כת' דאף שלריכא כ"ל דבכה"ג מקרי זש"ק דאזלי' בתר רובא מ"מ בחנאים שמתנים כ"א זע"ז ולשון שטרות וכן לשון התקנה ודאי הולכין אחר מנהג ולכ"א וכל שלא חי ל"י קוראין אותו נפל וכו' וא"כ מזה יש ללמוד נ"כ לענין תקנת שום דודאי היה כונתם ע"מ שנקרא כלשון כ"א כן קיימא וכו' עכ"ל ואף שהרב הנו' לא הביא ראיה לדבריו מ"מ מתשו' הרשב"א שכתבתי יש ראיה וגם שבא הדבר מפורש כתשו' הריב"ש סי' ר"ז כתב כפי' שבכל ענייני שטרות הולכין אחר לכ"א וא"כ יש לנו לדון כלשון כ"א אף להוליא וכמו שדן הרב שבות יעקב להוליא מחזקת הבעל לחלוק עם היורשים ודוק וכמ"א כתבתי מה שיש לעמוד ע"ד הרשי"ע יע"ש ומה ששייך לזה עיין תשו' הרשב"א ח"א סי' תתקע"ו וכמיוחסות סי' יו"ד מהריב"ל ח"ג סי' קי"ד וח"ב סי' כ"ר מהרש"ך ח"ג סי' ע"א חוט השני סי' כ"ב המבי"ט ח"א סי' של"ד מהרי"ט ח"מ סי' כ"ו וח"ב סי' כ"ה מהרמ"ג סי' ק"כ ול"ז שבו"ע ח"א סי' ק"ט לב שלמה חי' כ"ט יד אליהו סי' ע"ה כח"ס ח"א סי' כ"ה דכ"ו ע"ב וח"ב סימן כ"ב ערך לחם סוסי' קכ"ד אהלי יעקב סי' ל"ז אדמת קודש ח"א סי' ל"ג פרי הארץ כי' ה' דיבר משה אה"ע סי' מ"ו והריב"ש סי' ר"ז לח"ר סי' קי"ג הרשב"א הובא בב"י סי' מ"ב תחו' ה' כנה"ג בתשו' ח"מ ח"א סי' ל"ר מהרשד"ס סימן רכ"ב מהרח"ש אה"ע סי' ז' וק' וכ"ה מהר"י הלוי סי' ט"ו וו"ח פני יהושע תשו' מהר"י קוכו סי' י"ב הרב בללאל סי' י"א מהר"ם אלשיך סי' ט"ו פ"ת ח"ג סי' מ"ח כהונת עולם סי' פ"כ ולא' הרדב"ז חדשות סי' תר"ס הרשב"ש סי' ק"ג ועיין תשו' מהר"ש נאון הובאה כתשו' מהר"י חנדאלי סי' ט"ו ותשו' אחרת בתשובות הרב פרח מטה אהרן ח"א סי' י"א מהרא"ח סי' כ"ה תורת חסד סי' פ"ט ול"א תשו' הרמב"ס ותשו' הרמ"ה שהביא הרב אשכנזי סוסי י"א שו"ת הר"י חנדאלי סי' כ"ג וכ"ד וכ"ה ·

ועו"ש כ' מת"ש הרשב"א בתשו' שהובאה בב"י בח"מ סי' מ"ב תחו' ה' וז"ל כלל גדול וכו' כמו שהעתקתי לשונו לעיל וכ"כ בתשו' הריב"ש סי' ר"ז שבשטרות הולכין אלכ"א יע"ש וכ"כ מהריק"ש בא"ה סוס"י קכ"ר דבלשון כ"א לא קרו ולר ש"ק אלא הנראה לעין שחיה ל' וכו' יע"ש והנס דלגבי שיור ל"א הכי דתמע"ה ועו"ש אחרי נשיקת עפ"ר ליתא דאי לשון כ"א כן דוינן בה ואפי' להוליא וכ"כ הרב שבות יעקב בח"א סי' ק"ט דלשון כ"א לא מקרי זש"ק עד שיחיה ל"י ודן כן כדין השכון להוליא מהבעל יע"ש וכן ראוי לדון ועיין בתשו' לח"ר סי' קי"ג נ' מת"ש מרן בח"מ סי' מ"כ שבי' יו"ד הרבה מהמפרשים כתבו שעכשיו שנהגו לכתו' דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרי אמרי' בכל לשון מסופק יד בעה"ש ע"הע ע"כ ואם כן כיון שאמרו בגמ' דכל שלא שהה ספיקא הוי א"כ כיון שכתוב זש"ק אף שכתוב סתם יד בעה"ש עה"ע לומר דוקא בחיה ל"י מקרי זש"ק ד' מתה שנשבע החתן דהוי ס' שבועה להחמיר אף שמהריב"ל בח"ב סי' קי"ד הקל אפי' בשבועה דבים חלוקים עליו ועיין בכנה"ג סי' ס' הגב"י אות מ"ט יע"ש ובתש' שלמה שם ועיין חק"ל אה"ע סי' מ"ב דל"א א' ב' יעו"ש ועיין להרב חיד"א בקיום שאל בח"ב סימן ל"ח אות מ"ח ויעו"ש טעם חמישי מת"ש בתשו' לרב והובאה בתשו' מהר"ס ן' חביב ח"ב אה"ע סי' קי"ב לסופו דלדעת הרמב"ם ומרן ז"ל דירוש' הבעל הויא דרבנן וכ"מ לספיקות דאי אמרי' דרבנן הוו היורשים מוחזקים דהוו דאורייתא יעו"ש בדבריו והנה דאגי בעובדי דקימי דביו מ"מ תקני לן לסניף באלעדף עם כל הני טעמי סוף דבר ואלא דינא כדין השיכון דיחלוקו יורשי הבעל עם יורשי האשה בחיה בפחות מל' יום דלא מקרי זש"ק אע"ג דנגמרו שערו וליפורניו כמבואר מכל הני טעמי שכ"ל· כנלע"ד להלכה הלעיר

חיים מרדכי

לבטון

ס"ט

א"ה עיין בס' מר ואהלות סי' י"ב שכתב דזכה הבעל ואין ליורשי אשה כלום להלכה ולמעש' והסכימו עמו ב' רבנים וסוף דבר כתב שכל תו"ר אר"ן עלתה הסכמתם לפשר ביניהם וכן עשו הל' ופישרו ביניהם יע"ש שהאריך בענין זה שם ·

הכלל העולה כדין השיכון כלע"ד דיחלוקו כשמת הילד בפחות מבן ל"י מחמשה טעמים א' ממ"ש בתשו' פרי הארץ בח"ב א"ה סי' ה' דפ"כ ע"כ שמנהג דמשק שכל אשה שתמו' בחיי בעלה ולא הניחה ולר של קיימא דקיינו שנתקיים ל' יום יחלוקו וכו' ע"ש וכ"כ בתש' אדמ' קדש ח"א סי' ל"ג יע"ש וכ"כ הרב מהר"י מיוחס ז"ל בס' ברכות המים דקכ"א ע"ד וז"ל עלה בידינו דמנהג טוליטולה קרוב למנהג דמשק ומנהג דמשק הוא כמנהג הנהוג בעה"ק באשר מבואר בתשו' הרב אר"ק ח"א סי' ל"ג וכו' וכן משמע לי מתש' מהרמ"ג ז"ל סי' ק"כ מתוך לשון השאלה ובתשובה

י"ב כתב הטור סי' ל"ח דהמקדש את האשה ע"מ שאני לדיק אפילו הוא רשע גמור הוי ס' קידושין שמא הרהר תשו' בלבו וכו' מב"י ז"ל משם ר"ו ז"ל שאם הוא רשע לבריות כגון גזלן וכיולא בו אין יכול להיות לדיק עד שישיב הגזילה וי"מ דכיון שהרהר להשיב הרי הוא לדיק יע"ש ויש להסתפק אם אמר ע"מ שאני חסיד וכימי נערותו לא היה מתנהג בחסידות אי הני כמה שהוא זהיר וזריז במלות עשה והולך בדרך טובים לשיקרא חסיד וכ"מ דאף אם אינו מתנהג עתה היא מקודשת מס' שמא קבל עליו להיות נוהג פרישות בעלמו והרי הוא חסיד :

ונראה

ונראה פשוט דחסיד לא מקרי אלא מי שהי' חסיד מעיקרו וכמתבאר ממ"ש בסוכה דנ"ג ע"א ת"ר יש מהן אומרים אשרי ילדותנו שלא ביישה את זקנותינו אלו חסידים ואנשי מעשה ופירש"י ז"ל אלו חסידים כל חסיד הוי חסיד מעיקרו יע"ש · ולפ"ז כל עוד שלא היה חסיד מעיקרו ונשמע עליו שבאיזה זמן לא היה מתנהג בחסידות שוב אין לו תקנה לקרא חסיד ואם אמר ע"מ שאני חסיד אינה מקודשת כלל וכן ראיתי להרב החסיד כמוהרי"א ז"ל בס' קהלת יעקב בלשון חכמים אות החי"ת שכתב דחסיד הוי מעיקרו ונייתי לה ממ"ש בקמא פרק הגוזל דק"ג וז"ל וכ"ת דמשתבע והדר הוי חסיד והא כל היכא דאמרי' מעשה בחסיד אחד או ריב"ב או ריב"א והיינו חסידי דמעיקר' הוי ע"כ ובכתב יד הקו' למהר"ח עטיה ז"ל כתוב על הגליון אי משה לא אריא דהוי קול ושוברו עמו דהדרכה מוכח מהאי סו' דחסיד הוי אף אי לא היה חסיד מעיקרו דהא אילולי שהק' לו והא כל היכא דאמרינן וכו' אמרינן דמשתבע והוי חסיד הרי דאף אי לא הוי חסיד מעיקרו קרוי חסיד אך מ"מ כלל זה אמת מה דאמרי' בסוכה דנ"ג וכו' יש מהם וכו' ובאמת הב' סו' סותרות זו את זו וצ"ע זהא"ר ואתרי אמתי' כלע"ד דהכי קא מק' בש"ס וכ"ת דמשתבע והדר הוי חסיד והא כל היכא וכו' לא הוה מקשינן אלא דבאמת השתא הכא דקי"ל כל היכא וכו' דהיינו ודאי אילולי לא קי"ל כל היכ' וכו' מינה נמרינן דחסיד דוקא מעיקרו הוי חסיד דהלת"ה אמאי אמרי' כל היכא וכו' דילמא אינים אחרינא הוה אלא ודאי דקים ליה לתלמודא דסתם חסיד הוי מעיקרו מש"ה קאמר כל היכא וכו' דהיינו חסידי מעיקרא אבל אחרים לא מעיקרא הוו ומאי דלא הק' לו הש"ס וכ"ת דמשתבע והדר הוי חסיד והא סתם חסיד מעיקרו חדא דעדיפא מינה קא פריך דמעשה בחסיד קאי אריב"ב וריב"א ועוד דהכא עיקר הלימוד דלמרינן מיניה דסתם חסיד מעיקרו והיינו מכלל זה כדכתיבנא וזה פשוט בכונת הגמ' ולא יש שום סתירה מסו' לסו' כנ"ל אמיתות הסוגיא ודוק · ועיין להרמב"ם ז"ל בפ"ח מה' לולב הי"ד דלא ביאר הא דאמרו בברייתא יש מהן אומרים אשרי ילדותינו וכו' ויש מהם וכו' דאף ע"ג דדרכו להעתיק לשון הש"ס מ"מ כיון דלא נ"מ לענין דינא לא ביארו · אבל יש להרגיש דהרי אנן בעניותין ילפינן מינה דינא דכא דהא אמר לאשה הרי את מקודשת לי ע"מ שאני חסיד ולא היה חסי' מעיקרו אינה מקו' · וק"ל :

יג שאלה פרידו הוא עוכרא שבת אחותי שביה יתומה מאב ואם נתגדלה בביתי מפותי תאכל ומכוסי תשתה ומזה קרוב לשנתים ימים שרכאים עם בחור אחר ובקרב הימים שלח לה המשודך הנז' קנת מהמוהר וגם כינו"א כנהוג ומזה ימים לא בכיר ולא קול על הבחור הנז' שם רע והקול נשמע בכל באי שער עירנו בקלא דלא פסיק ומלבד זה קלקל המשודך מעשיו והלך בדרך לא טובה וארח לחברה עם פועלי און ושנה כי כן הדרו כי כי קלילא לו להתרנות להיות פנוס נכנס פנוס יוצא בביתי ובמומותי וגם הכלה הנז' חורה

כא והנה לענין הקנס והשבועה עליה הסכמת המורים הי"ו שאני פטור ומותר בשבועתי אכן לענין ההוצאות שהוציא החתן במשך זמן השידוכין שמעתי מאחד מגדולי המורים שדעתו נוטה שאני חייב בכל ההוצאות מדין מזיק ואשר ע"כ נתתי לב לבי לדרוש ולתור ולעלמי אני מגיל זה אחלי כעזר צור גואלי · הנה שורש ועיקר דין זה הוא מדברי הרמב"ם בפ' שני מה' זכייה ה' כ"ד וז"ל הורו רבותי שאם היה מנהג המדינה שיעשה כל אדם סעודה ויאכיל לרעיו או יחלק מעות לשמשין ולחזנים וכיוצא בהם ועשה כדרך שעושין כל העם ואח"כ לא נשלמת הכלל שהרי גרמה לו לאבד ממון וכל הגורם לאבד ממון חבירו משלם ע"כ והנה הראב"ד שם השיג ע"ז וכתב ואיני משוה עם רבותיו בזה וכללו של דבר אבוד ממון שבעל הממון עושה אותו אעפ"י שגרם לו זה פטור ע"כ והנה ודאי לתופסי דגל הקי"ל מילתא דפשיטא דהמוחזק יכול לומר קי"ל כהראב"ד ובפרט שכתב הרב כנה"ג סי' ש"ו הגה"ט אות ל"ב וז"ל עיין בתשו' מגן גיבורים בסיפו סי' ד' לבן ה"ה יעו"ש וכתב בס' שארית יאורם ד"ס להטור ג"כ כתב שהראב"ד השיג ע"ז נראה דכהראב"ד ס"ל גם הח"מ · אעפ"י שאלין בעד הרמב"ם לסוף כתב וצ"ע גם לכל החילוקים שאמרו בדינא דגרמי אין כאן דד"ג אלא גרמא בנזיקין ופטור ומ"מ אם הוא מוחזק מהאשה יכול לומר קי"ל כהרמב"ם ורבותיו עכ"ל נראה ברור דלדינא אם אין שום אחד מוחזק הלכתא כהראב"ד והטור אך אם הבעל מוחזק יכול לו' קי"ל כהר"מ ורבותיו א"כ כ"ש וק"ו אם הכלה היא מוחזקת הא ודאי פשיטא דיכולה לומר קי"ל כהראב"ד והטור דמסתברא כוותייהו אך כ"ז לדידן לא יועיל ולא יציל דאנן בדידן קיבלנו דעת מרן אפי' לאוציא מיד המוחזק ועינינו הרואות שבש"ע סי' ז' פסק כד' הרמב"ם כאלו היא הל"מ ולא הביא שום חולק ע"ז ובודאי דהכי נקטינן גם להוציא מהמוחזק שאמנם מה שיש לעמוד בזה הוא מה שיש לחקור האם חיוב דינא דגרמים הוא אפי' באינו מתכוין להזיק או דוקא במתכוין להזיק הוא דחייב אבל במתכוין להנאת עצמו פטור והנה הרב בעל גידולי תרומה בדפ' ס"ח ע"ד נסתפק בזה וכתב דצריך להתיישב בדבר זה דנ"מ טובא בדינא דגרמים עכ"ל והנה אנכי בעוניי בתופסי באמתחות ד' גדולי הפוסקים ראיתי שכא הדבר מפורש בדבריהם כי הרואה יראה בדברי הרמב"ם בפ"ר מה' נ"מ עיניו יחזו שדעתו ז"ל דהיכא דחייב מדר"נ אינו חייב אלא במתכוין להזיק ולא להנאת עצמו והוא ממ"ש שם בדין ה' וז"ל היתה מחילה בריאה ונפרצה בלילה או פרצום לסטים ויצאת והזיקה פטור הוציאוה לסטים והזיקה הלסטים חייבים ע"כ והוא מדברי הגמ' דריש פ' הכונס דאוקמוה דוקא בהוציאוה או לפחות שהכישוה במקל ע"ש ושוב כתב שם בדין כ' הפורץ גדר לפני בהמת חבירו ויצאה והזיקה אם היה גדר חזק ובריא חייב ע"כ והקשו עליו חכמי לוניל שאיך כתב הפורץ גדר לפני בהמת חבירו חייב בנזיקין שהזיקה הרי מהמשנה דלעיל מבואר דוקא בהוציאוה בידים אבל פרצו הגדר לפניה אינם חייבים על נזקיה והשיב ז"ל וז"ל בקיצו'

וזה

וזה שהקשיתם ע"ד וכו' הפירש גדול יש שהלסטים כוונתם לגנוב הבהמה לפיכך כ"ז שלא הוליאוה לא נתחייבו ולא נעשית ברשותם ובעת שיוליאוה ונעשית ברשותם חייבים אבל אם הניחוה שם הרי לא עשו נזק שנתכוונו לו שהוא הגנבה ולפיכך פטורים אבל הפורץ גדר אין כונתו לגנוב ולא נתכוון אלא שתלא הבהמה ותזיק ויתחייבו הבעלים בנזקים ולפי' חייבים כאותו נזק ע"כ והביאו הש"ת בקילור ע"ש הנה מבואר הדבר דהגם דס"ל להרמב"ם דפורץ גדר לפני בהמת חבירו חייב בנזקים מדינא דגרמי מ"מ זהו דוקא במתכוון להזיק אבל במתכוון לגנוב הגם שילאה והזיקה הוא פטור מדר"ג כיון שאין כונתו להזיק אלא לגנוב וכדברי הרמב"ם ז"ל פסק מרן בש"ע ח"מ סי' שפ"ז ע"ש בסמ"ע וא"כ מוכח דסברי הרמב"ם ומרן הא דינא דגרמי אם מתכוון להנאתו פטור וא"כ ודאי לרידהו לריך לאוקומי הסיא דתורה בה הבלה דחייבת מדינא דגרמי היינו במתכוונת להזיק ולא להנאתה אבל במתכוו' להנאתה פטורה הגם שבזה היא מזיקתו לא הכפת לן ודמי ממש ללסטים שכוונו לגנוב דפטורים מנזקים וכמעט שהוא כ"ש וק"ו לדין זה כמבואר ברם מאי דקשיא לי בזה הוא מ"ש הרמב"ם בפ"ז דחובל דין ר' וז"ל הכהנים שפיגלו במקדש במזיד חייבים לשלם בשוגג פטורים וכן העושה מלאכה בפרת חטאת וכמי חטאת במזיד חייב לשלם והשיגו הראב"ד וז"ל שבוש הוא שאפי' עשה מעשה בגופן למ"ד היזק שאינו ניכר לא שמיה הזק פטור אפי' במזיד וקי"ל כוותיה וטעמא דמלתא משום שאינו מתכוון להזיק אלא להנאתו מתכוין ומש"ה לא קנסו בו מזיד עכ"ל וכתב הה"מ וז"ל ומ"ש הראב"ד לחלק בין זו למטמא אינו מטמא ואינך אי הוא בהו הנאה מי מפטרי זה כ"ל שסברתו לרב ז"ל עכ"ל הנה נראה ברור דלדעת הרמב"ם אפילו באינו מתכוון להזיק אלא להנאתו חייב והוא הפך מה שנראה מדבריו בה' ב"מ וכתבו' לחכמי לוניל שאמנם התי' לזה למדנו מדברי הרב המאירי ז"ל הובא בסי' מקובלת לקמא דפ' הכונס דק"ז ע"ב ה"ל בקילור גדולי המחברים כתבו שהעושה מלאכה במי חטאת במזיד חייב לשלם וכו' והעפ"י שזו כאן כדעת האומר היזק שאינו ניכר שמיה הזק והם פסקו שאינו הזק אפשר שהם עושים אותה במזיד אעפ"י שאין כוונתם להזיק ומתורת קנס וכן עיקר עכ"ל המובן מדבריו דדוקא בדינא דגרמי שהוא דינא ולא קנסא כמבואר בדברי הרמב"ם והה"מ ריש פ"ח דחובל בזה הוא דמפלגינן בין מתכוון להזיק או לא אבל בהיזק שאינו ניכר דקנס הוא שקנסו חכמים לא פלוג בקנסא ואפשר שמתכוון להנאתו קנסוהו ובזה נתיישבו דברי הרמב"ם דבה' ב"מ דאיירי בדינא דגרמי פטור כשאינו מתכוון להזיק אבל עושה מלאכה במי חטאת דקנסא הוא גם במתכוון להנאתו חייב אבל מ"מ אכתי לע"ד קשיא שהרי מלינו לענין שוגג או אונס בקנסא פטו' וגם דלא קנסו בנו אחריו ובדינ' דגרמי מסתמו' דברי הרמב"ם מש' דגם בנו חייב ודאיה ממשור דחייב מדר"ג וקנסו בנו אחריו כיון דאביו מדינא חייב משא"כ לגבי הזק שאינו ניכר דלא קנסו בנו אחריו וא"כ לפי"ז הסברות הפוכות דבדינא דגרמי לענין בנו מחמרינן יותר מקנסא ולענין מתכוון להזיק מחמרינן בקנסא יותר מדינא דגרמי והגם שיש ליישב בדוחק בעת הדבר ל"ע. עוד נראה להביא ראיה דדעת מרן בדינא דגרמי אם מתכוין להנאתו פטור ואינו חייב כי אם במתכוין להזיק והוא כמה דאיפלגו רבוותא הובא בבעה"ת שער כ"א ח"ו כמאי דקי"ל שמוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו ללוה מחול ואפי' יורש מוחל ואם יוכל היורש למחול לעצמו אם לאו והאריך בעה"ת בזה ולהוף הביא דברי הראב"ד שכתב היכא מ"ד דאפי' תימא דכל מ"ש בשטר מעלם המוחל ברת' פטור' דהיכא מחייבים למוחל בזמן שהוא מתכוין להזיק ללוקח והוא אינו מרויח כלום אבל האי ברת' להנא' עלמה היא מוחלת כדי שתחזור ותירש מאביה וה"ה ליורש שמחל לעצמו שאינו משלם כלום וזאת הסבר' כתבה הראב"ד כתשו' ע"ש וראיתי לה' בעל גידולי תרומה שם שכתב על דברי הראב"ד הנז' סברה זו שכתב עליה הראב"ד ז"ל שיש לה טעם לריכה לו תלמוד דבהנזקין דכ"ג מקשינן אחוקיה דסבר היזק שאינו ניכר שמיה היזק וכו' ואמרינן מתיב ר"א העושה מלאכה במי חטאת פטור מדיני אדם וחייב בד"ש ואי אמרת היזק שאינו ניכר שמי' היזק בדיני אדם נמי ליחייב וכו' והשתא אם איתא דבדינא דגרמי כשמכוין להנאת עלמו אינו חייב א"כ מאי פריך מעושה מלאכה במי חטאת שא ודאי להנאת עלמו מכוין ולהכי אינו חייב מן הדין ויקשה יותר למה שהשיג הראב"ד ז"ל בפ"ז דחובל האה דפסק הרמב"ם הכהנים שפיגלו וכו' וז"ל שבוש הוא וכו' וטעמא דמלתא משום שאינו מתכוין להזיק וכו' ע"כ וזה תימא דאי למ"ד לאו שמיה היזק אלא דבעלמא קנסינן. סבא לא קנסי מפני שמתכוין להנאתו א"כ למה לא נאמר נ"כ למ"ד שמיה היזק וחייב מן הדין הכא דמתכוין להנאתו אינו חייב מן הדין ועוד קשה כיון דאין מתכוין להזיק שפיר פטרינן ליה אפי' במזיד כדי שיודיעו כדפריך לעיל לחזקיה א"ה אפילו מזיד נמי ולא שייך למימר השתא לאוקי קא מכוון וכו' עכ"ל הרב גד"ת והנכי בעוניי אחרי נשיקת עפרות רגליו אינני רואה מקום עיון כלל דהא ודאי לחזקיה דסבר דמדין תורה היזק שאינו ניכר שמיה היזק ודאי דליכא לחלק בין מתכוין להזיק או להנאתו כיון דהוי מזיק בידים מדאורייתא ולא חילקו בו בין שוגג למזיד ואונס כרלון וכ"ש אם מתכוין להנאתו דחייב ולא אמרה הראב"ד ז"ל אלא בדינא דגרמי דרובא דרבוותא ס"ל דהוי קנסא מדרבנן ולא דינא דאורייתא דלא הוי מזיק בידים ממש אמרי' בכה"ג דמתכוין להנאתו פטור וגם העושה מלאכה במי חטאת אעפ"י שמזיק בידים ממש מ"מ כיון דלמ"ד היזק שאינו ניכר לאו שמיה היזק רק שחכמים קנסו במטמא ומדמע ומנסך דסתמן מתכוין להזיק בגם דפסקינן כרב דמקנסא גמרינן מ"מ לא גמרינן אלא רבותי' דמטמא וחביריו שמתכוין להזיק ולא בעוש' מלאכ' במי חטאת דמתכוין להנאתו ועיין בכל זה בש"ך בח"מ סי' שפ"ו ס"ק ה' באורך יע"ש ומעתה אין מקום לקושיות הרב גד"ת דודאי לחזקיה אין לחלק בזה כלל וכמ"ש גם מה שהקשה בקו' התרינא וז"ל ועוד קשה כיון דאין מתכוון להזיק שפיר פטרינן

ליה אפי' כמזיד וכו' לא ידענא מאי קשייא ליה דהא לתוקים פריך דהו"ל לפטור אפי' ממזיד כיון שאינו מתכוין להזיק כש' הראב"ד הא ודאי ליתא דלא אמרה כראב"ד אלא למ"ד לאו שמיה היזק אבל למ"ד שמיה היזק אין לחלק בין מתכוין או לא ולהכ"י כמזיד חייב וכמ"ש ולש' הראב"ד דפסק דלאו שמיה הזק הה"נ דגם כמזיד פטור כדי שיודיעו ולא שייך למימר הפסח וכו' וגם דעיקרא קנסא ולא נמרינן אלא ככה"ג דמטמא סוף דבר איני רואה שום קושיא על הראב"ד מזה ודוק

ואיך שיהיה אם היורש יכול למחול לעצמו הוייא פלוגתא דרבוות' והנה ראינו למרן בח"מ סי' ס"ו סעיף כ"ג שהם חתי' כדברי האומרים דאין יכול למחול לעצמו וז"ל ומיהו אין היורש יכול למחול כדי להפסיד ללוקח כיצד ראובן הלוה לבנו בשטר ומכרו לשמעון ומת ראובן לא יאמר הבן הואיל ואני יורש החוקתי למחול לעצמי ואין לי לשלם מדר"ג שאני לא כיונתי להזיק ללוקח אלא לפטור עצמי אלא פורע כל החוב ללוקח ויש מי שאו' שאפי' לעצמו יכול למחול עכ"ל וכתב שם הסמ"ע ס"ק כ"ט הש' קמייתא דאלו הוה מלי מחיל לא היה משלם כלום מטעם שכתב שאינו מכוין להזיק קמ"ל דאינו כר מחילם וצריך לשלם כל דמי השטר לכ"ע כיון שהוא עצמו הלוה ולש' י"א שכתב מרן כ' הסמ"ע דס"ל דהגם דיכול למחול מ"מ משלם מה שקיבל ע"שכ וכפרישה והרב ש"ך ס"ק פ"א כתב על ד' סמ"ע ואין זה מוכרח וויתר נראה דכוונת המחבר דפטור לגמרי מטעם שלא כיוון להזיק וכן מסיק הכ"ח עכ"ל עש"כ ומ"מ הנך רואה דמרן ז"ל לא הכריע אי יכול למחול לעצמו אי לא מדהביא ב' הדעות כש"ע ולא השמיט ס' הי"א כלל וכמ"ש כן הרב ש"ך סי' קכ"ו ס"ק כ"א יעוש"כ והגם שדעת הרב כנה"ג בכלליו ואחריו נמשכו רוב האחרונים שדעת מרן לפסוק כסברא קמייתא שמביא בסתם מ"מ הרב כנה"ג עצמו כי"ד סי' קס"ד הגהב"י הוא י"ו וז"ל בקיצור ולפי הכלל המסור בידינו דהסברא שמביא בסתם היא עיקרית י"ל דלא כתב שם מחלוקתו בידו אלא משום דבממונא קעסיק כתב ב' הסברות לשאם יהיה המלוה מוחזק שיכול לומר קי"ל וכו' ע"כ הרי מבואר דגם אי אמרי' דדעתו לפסוק כס' קמייתא מ"מ המוחזק יכול לומר קי"ל כהיש אומרים ומעתה בנ"ד שלפנינו אי יכול למחול לעצמו ופטור מדינא דגרמי משום שאין מתכוין להזיק אלא להנאתו דעת מרן שהמוחזק יכול לומר קי"ל וכמ"ש הרב כנה"ג וכ"ש וק"ו דבנ"ד אין אנו צריכים לכל זה דעינינו הרואות למרן ז"ל בש"ע א"ה סי' ק"ה סעיף ו' שכתב בסתם דיכול למחול לעצמו לבטל המקח וירש הכתובה עכ"ל ולא הביא על זה שום חולק ונראה ודאי דדעתו לפסוק כן ואפי' להוציא מיד המוחזק הרי נתבאר דדעת מרן שם דפטור היכא שמתכוין להנאתו והגם שראיתי להרב בית שמואל ולהרב חלקת מחוקק שהק' דמאי כ"מ במחילתו הרי המוחל חייב לשלם מדר"ג ותי' דכ"מ הם בוא קטן דפטור מדין גרמי עש"כ נראה ברור מדבריהם דבגדול אין שום ספוקא כלל שהרי חייב מדינא דגרמי ואפי' שמתכוין להנאתו מ"מ

אחרי נשיקת עפרות רגליהם לא ידעתי מי הכריחם לפרש כן כדעת מרן הגם דכאמת שב"כ הקוש' ככתובות דפ"ו כר"ה תיזיל ותחלה וכו' כשם יש מפרשים ע"ש מ"מ רוב המפרשים לא כתבו כן וכ"מ כתו' בפ"ק ד"ט כשם ר"ח וכפרט דמלשון מרן שבח"מ סי' ס"ו מורה כפי' דלדיעא זו פטור מדינא דגרמי שהרי כתב כדיעה ראשונה וז"ל לא יאמר הבן הואיל ואני יורש החזקתי למחול לעצמי ואין לי לשלם כלום מדינא דגרמי וכו' אלא פורע כל החוב ע"כ משמע שאלו היה יכול למחול והויא מחילה הוא פטור מלשלם וא"כ ודאי לדיעה שניה שיכול למחול ה"ז פטור מדינא דגרמי ויותר נראה כדברי הש"ך דפטור מכלום וכשב' האוכא מ"ר שהביא הבעש"ת א"כ ודאי דמה ששם כאה"ע דיכול למחול ודאי דלפטור מדינא דגרמי קאמר כהש"ך ודלא כהב"ש והח"מ ודבריהם צ"ע ועיין בנר"ת דס"ח ע"ד שהבין גם כן כדעת הטור שכתב כלשון מרן ז"ל דס"ל דאי מהני מחילה פטור מדינא דגרמי וכשבכת הב"ח והש"ך ודלא כהב"ש והח"מ ודוק ·

גם ראיתי כחפשי להרב מחנה אפרים כה' כ"מ סי' ו' שכתב וז"ל וגדולה מזאת נראה מדברי הרמב"ם דכל דר"ג כל היכא דלא מתכוין להזיק פטור כמ"ש בפ"ד דג"מ בפילוה להטים שמתכווני' לגנוב פטורים וכ"כ הראב"ד הביאו הבע"ת דש"י ע"ש וכו' וגבי עבד שקדש וטבל וכו' אבל מדר"ג לא מקייב משום דלהנאתו כיון וכיוצא לזה כתב הטור כמוחל שט"ח לעצמו פטור משום דלהנאתו כיון ע"כ הרי שהבין כדעת הטור כהרב נר"ת ולע"ד שסתם דהטור ומרן משמע הכי שכתב לא אמר הבן וכו' משמע ודאי דלסברא זו אלו הוה מלי מחיל פטור מכלום מדר"ג משום שמתכוין להנאתו אלא דמכד שאינו יכול למחול חייב לשלם דמחילתו אינה מחילה אבל היכא דלא שייך האי עניכא במתכוין לתנאתו פטור מדינא דגרמי וכמו שביאר זה בסמ"ע ובפרישה ומעתה דעת הרמב"ם והראב"ד והטור ומרן ז"ל כל היכא שמתכוין להנאתו פטור מדינא דגרמי וכמ"ש וראיתי להרב פר"ח במ"ח במס' גיטין דנ"ג שכתב על דברי הראב"ד שחילק כן וז"ל ולא מחוור לן דכיון דמאי דקנסינן מזיד כה ה"ט כדי שלא יהא כל אחד הולך ומטמא טהרותיו של חבירו כ"ש היכא דלהנאתו קא מכוין דאית לן למקנסיה טפי עכ"ל ולפי קע"ד ליתא דודקא במתכוין לסזיק לחבירו דין הוא שיתחייב שמכוין להזיק ממון ישראל בהזק שאינו ניכר אבל אם אם עיקר כוונתו להנאת עצמו כמו אם שקל משקלות כמי קטאת פטור דכולה כעינן למגמר ממטמא ומדמע וליח לן למילף אלא דומיא דידהו ממש דמתכוין להזיק מכלתי שום הנאה מה שאין כן עושה מלאכה כמי חטאת שאינו מתכוין לסזיק לא גמרינן מינייהו גם לרב דיליף קנסא מקנסא דאין לך בו אלא חידושו זה הנ"ל כדעת הר"א וק"ל מעתה בנ"ד אם חורה בה בכלה מחמת שקילקל המשודך מעשיו או מפני עניותו כיון שנתכונה להנאתה ולא נתכונה להזיקו הא ודאי פטורה ולא כתבו הרמב"ם ומרן דאם חורה חייבת אלא דוקא

היכא

או ליתן קנס דבשיעבוד אמרינן דאדעתא דהכי לא שיעבד נפשיה ואף שהדבר תלוי בדעת שניהם ועוד נר' עפ"י מ"ש התו' כתובות דמ"ז ע"ב ד"ה שלא כתב לה וכו' וז"ל דהתם אנן סהדי שבאותו ספק היה רוצה להכנס ואפי' אם היה א"ל אם תטרף יש לך לקבל הפסד היה לוקחה אבל הכא לא כ' כלל כ"א ע"מ לכונסה ואין דעתו כלל להכניס עצמו בספק וכו' יעו"ש וז"ש התו' ואפי' בדבר שהוא תלוי בדעת שניהם ופשוט מעתה גם בנדון מהרי"ק מעיקרא לא שיעבד אדעתה ואין דעתו כלל להכנס בספק זה ובודאי שבאותו ספק אינו כונס ואינו רוצה להכנס ומש"ה אף אם תלוי גם בדעת האשה אפ"ה פטור כמו גבי שלא כתב לה אלא ע"מ לכונסה והוא ראיה גמורה לד' מהרי"ק ודוק ועיין בתשו' פני משה ח"א סי' ס"ב ובתשו' עדות ביעקב סי' י"ג ובתשו' מהר"ש אלשיך סי' ע' באשה שנשמית יעו"ש ועיין בהרב מ"ל בתשו' בה' זכיה פ"ו ודוק :

ג' פרק כ"ד דין י"ד העוברת על דת וכו' עברה בינו לבינה וידע שהיא עוברת על דת וכו' כתב הה"מ זה מבואר שמחלוקת היא והאשה בזה הוא כשאר כל התביעות שבין אדם לחבירו וכו' ונ"ל דדוקא כשידוע שעברה על דת אלא שנחלקו וכו' עכ"ל וראיתי להרב מהריט"ץ בתשו' סי' רכ"ב שהרבה לתמוה על דברי הרמב"ם חדא דאי איתא שידוע היאך טוענת לא עברתי ועו' דמלישנא דהרמב"ם שכתב עב"ה בינו לבינה משמע שלא עברה אלא בינו לבינה ואינו ידוע בעדים ועוד הארץ להקשות יעו"ש ולענ"ד שכונת הה"מ אינה כמו שחשב הר' שידוע לכל שהיא עוברת על דת אלא שכונת ה"ה היא לאפוקי דלא נימא כיון שידע שעברה מתחלה והתרה בה אף אם אין ידוע לו א"כ שעב"ה יכול הוא להשביעה בטענת שמא אף אם לא ידע בפשי' שעברה א"ך אלא דוקא כשידוע דהיינו שידוע לו והוא טוען ברי שעברה א"ך אבל אם אינו טוען ברי ודאי אחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקינן והיינו שכתב הה"מ וכ"ש הוא לדעת רבי' כוונתו דהשתא ומה שטוען ברי דמזויף הוא או המנה או כדית אמרינן דאחזוקי אנשי וכו' וכ"ש הכא אם טוען ברי שא לא דמי אלא לטוען פרעתיך אבל טוען שמא אתיא כמכ"ש זה נ"ל בכונת הרב המגיד ומ"ש הרב ז"ל ליישב דברי הה"מ דבריו קשים ובפרט במ"ש על התו' אחרונה וכבר הרב ז"ל הרגיש בחולשת הדברים ולע"ד כונת הה"מ כמ"ש וקיצר הרב בדרכו שלא כתב דדוקא כשידוע לו וסמך על שמעיין ודוק ·

ד' שם דין כ"ה אמר לה בינו לבינה אל תסתרי עם פ' וראה אותה שנסתרה עמו ושהתה עמו כדי טומאה ה"ז אסורה עליו בזה"ז שאין שם מי סוטה עכ"ל וכתב עליו מרן יש לתמוה מאי אריא בזה"ז אפי' בזמן דאיכא מי סוטה נמי אינו יכול להשקותה אלא א"כ קינא לה בפני ב' ונסתרה בפני ב' וכמו שפסק רבינו בפ"א מהל' סוטה עכ"ל וראיתי להרב משפט"ץ בתשו' סימן קנ"ט שכתב עליו וז"ל ק' מה זו תמיהא על הרמב"ם ולא"ה הא לישנא דגמ' דקאמר ר"ח מסורת לא ליתא אינים לאנשי ביתיה בזה"ז אל תסתרי בהדי פ' דילמא קי"ל כר"י בר יהודה דאמר קינוי עפ"י עצמו ומתסרא וליכא האידנא מי סוטה למבדקה וקאסר לה עילויה איסור עולם ע"כ בגמ' בריש פ"ק דסוטה וא"כ מאי קשה על הרמב"ם עכ"ל ואחרי המחי"ר תמהני על הרב ז"ל דהרי הרואה יראה דהוא תי' מרן ז"ל שכתב ואפשר לו' דנגרר אחר לשון הש"ס וכו' ואם כונתו לומר דקארי לה מאי קארי לה הא מלתא דפשי' היא הא ליתא דהא ודאי לא הו"ל לרבינו לתפוס לשון הש"ס כיון דס"ל דקינוי בפני ב' וסתירה בפני ב' ודאי אף בזמן דאיכא מי סוטה הדין כן ובשלמא להש"ס דמספקא ליה ניחא אבל לדידן קשה ועוד דמ"מ הו"ל להזכיר שהוא תי' הכ"מ ולהקשות עליו ודוחק לומר שלא היה בני' דהא ליתא ול"ע · עוד כתב הרב ז"ל בסו' התשו' וז"ל ועוד דבזמן בהמ"ק ליכא למימר הכי משום דבזמן בהמ"ק יכול לקנות עפ"י עצמו דלא ימנע אי הילכתא כר"י בר יהודה הרי מי סוטה ישקוה ואי לית הלכתא כותיה אין צריך מי סוטה ומותרת לבעלה ובודאי שבזמן בהמ"ק לא היו מסופקים בהלכה דהא קיימי סנהדרין דפסקי הלכתא וכו' ע"כ ואנכי הרואה דבריו אלו תמוהים מאוד בעיני דהא ודאי אנן לדידן דלא מספקא לן וס"ל דקינוי עפ"י ב' א"כ הוי כמו בזמן שבהמ"ק קיים ובודאי שמותרת לבעלה כיון דלא קי"ל כר"י ב"י והו"ל זה"ז וזמן שבהמ"ק שוים בשיעוריהם דבזמן שבהמ"ק פשיטא לן ובזה"ז פשי' לן וא"כ שפיר מק' מרן ז"ל דאנן לדידן לס' הרמב"ם דס"ל דלא קי"ל כר"י ב"י א"כ שוו בשיעוריהן זה הזמן וזמן שבהמ"ק קיים מאי אריא זה"ז אפי' בזמן שבהמ"ק הכי הוי דודאי היא מותרת לבעלה בלא מי סוטה וזה פשוט ומבואר ותמהני על הרב ז"ל שבקי בסדרי הציון איך נעלם מעין שכלו דבר פשוט כזה ושלא כהשגחה כ"כ ודבריו צל"ע גם מ"ש הרב ז"ל דדעת רבינו ז"ל דקי"ל כר"י ב"י אליבא דרבי אליעזר דקינוי עפ"י עצמו שותה תמ"ש בפ"א מה' סו' דין ח' קינא לה בפני ב' וראה אותה שנסתרה ה"ז אסורה שאינו יכול להשקותה דמדלא כתב קינא עפ"י עצמו ונסתרה בפני ב' משום דס"ל דקינוי עפ"י עצמו כר"י זהת"ר ואחרי המחי' כדאוי ליתא כלל דהא בפי' כתב רבינו בתחילת הפרק קינוי שאמור בתורה וקינא את אשתו הוא שיאמר לה בפני עדים גם בסתירה כ"כ מש' דס"ל קינוי על פי עדים וסתירה על פי עדים סו"ר דברי הרב נפלאו ממני ול"ע · וראיתי להטור ז"ל בסי' קע"ח שכתב וז"ל כתב בה"ת לא יאמר אדם לאשתו בזה"ז אל תסתרי עם פ' דשמא הלכה כר"י דאמר קינא לה עפ"י עצמו שלא בפני עדים הוי קינוי ועכשיו אין מי סוטה ותיאסר עליו לעולם עכ"ל והוא בלשון הש"ס ממש ולא ידעתי למה הביאו מסה"ת ולא הביאו בסתם שהוא בלשון הש"ס ממש ועוד קשה דהא דין זה לא שייך הכא בזה"ז כיון שהטור ז"ל פסק בתחילת הסימן כיצד הקינוי אומר לה בפני ב' אל תסתרי עם איש פ' א"כ ליכא למימר דילמא קי"ל כר"י דהא כבר פסק הוא להפך מזה ועלה בדעתי ליישב דמשו"ה כתב רבינו דין זה משם שה"ת דמן הש"ס ודאי א"א לפסוק דין זה כיון דס"ל להפך ומשו"ה

ומש"ה הביאו משם שה"מ לומר דאנן לדידן דלית
לן כר"י ליכא האי דינא אמנם ראיתי שאין תירוץ
זה עולה כהוגן כאשר יראה המעיין וגם להר"מ
שפסק דין זה קשה דלמה נאסרת עליו והלא לא
קי"ל כר"י. כ"ז ודברי הרמב"ם והטור כעת צ"ע
ודוק והיה כתרומים שאחרי כתבי זה ראיתי להר'
ב"ח ז"ל שהק' כמ"ש אנכי בענין דלמה הטור
הביאה משם הה"מ ולא מש"ס ערוך ותי' וז"ל
וי"ל דבתלמודא היכא לפרש דר"ח מסורא הוה
מספ"ל הלכתא כמאן שהרי אמר שמא הלכ' כר"י ב"י
ולכך הזהיר על זה אבל למאן דס"ל כרבנן ולא
מספ"ל השתא ליכא דחש להא דר"ח מסורא אבל
מפה"מ שפסק כך למדנו שמפרש דר"ח נמי פוסק
דבדיעבד הלכה כרבנן דאין קינוי אלא בפני ב'
ואין כופין להוציא אלא דצריך לחוש לכתחי' לדברי
ריב"י דלא לימא לאתחיה וכו' וכל א' יחוש לעצמו
לכתחי' שמא תבא עמו באיסור כל ימיו אליבא
דריב"י ודוק עכ"ל . ואתמה"ר ליתא דהא כתב
רבינו הטור ז"ל בסי' קע"ו וז"ל א"ל בינו לבינה
אל תסתרי עם איש פלוני וראה אותה שנסתרה
ושהתה עמו כדי טומאה אסורה לו בזה"ז שאין
מי סוטה וחייב להוציאה ויתן לה כתובה וכו' עכ"ל
הרי בפירושא דאף בדיעבד אי א"ל כן נאסרה
עליו וחייב להוציאה וכודאי שכופין אותו להוציא והיך
כתב ז"ל דבדיעבד גם ר"ח ס"ל דלא נאסרה עליו
לפי שאין קינוי בפני ב' דמדברי הטור נר' להפך
וצ"ע גם מה שהק' לדברי הטור והרמב"ם ז"ל
דבודאי לא הוו להו לפסוק האי דינא כיון דס"ל
דאין קינוי אלא בפני ב' גם את זה ראיתי להב"ח
ז"ל סי' קע"ו הביא זה משם מהרש"ל שהק' קו'
זו והוא ז"ל תי' ע"ש ומה שהק' לעיל לדברי
מהריט"ץ תי' הסברים הי' ודכונתו דמאי שמקש' מרן
ז"ל לדברי הרמב"ם גם לדברי הש"ס קשה דהא קי"ל
הלכתא כר"י לגבי ר"א וכודאי דצריך לאוקי דס"ל
דאע"ג דקי"ל הלכתא כר' יהושע אפ"ה יש לחוש
לחומרא כדברי ר"י ב"י וא"כ גם לדברי הרמב"ם
יתי' כן אע"ג דפסק הלכתא ובזה ישבו קו' מהרש"ל
עצמו בתשו' וגם מטעמים אחרים פשוטים כשמש
וכבר אמרתי בע"פ ויש מהם שהודו לדברי ועדין
יש להתיישב בענין זה וצ"ע :

ישוב התו"ר האיר ה' את עיני ומצאתי להרב
לב שלם שהביא משם הרב כמהר"ש
אמרגליו בעל ס' כרם שלמה שכ' על הגליון על
הרב מוהריט"ץ ז"ל שלא ראה סיום דברי מרן ז"ל
והוא ז"ל פי' בכונת מרן כמ"ש אנכי איש לעיר
לעיל קחנו משם ועיניך שים עליו ושמח לבי ויגל
כבודי שכוונתי לדעת גדול הנאמר :

והנה הלום ראיתי להרב בעל יד אהרן ז"ל בטור
א"ה סי' קע"ז שכתב לדברי מהריט"ץ
שהוא הוא תי' מרן הכ"מ כמ"ש ע"ש והנה הרב
מהריט"ץ העלה דס"ל לר"ח מסורא דקי"ל הלכתא
כר"י ב"י מדחזינן לסוגיין דהטא כוותיה א"כ ודאי
דקי"ל כוותיה ומ"ש ר"ח דילמא קי"ל כריב"י דמש'
דמספקא ליה לשון דילמא לאו דוקא הוא אלא דקי"ל
שפיר כר"י והעלה ג"כ דגם ריש לקיש ס"ל הלכ'
כוותיה דר"י כיון דסוגיין דהטא כוותיה אף דקי"ל
הלכתא כר' יהושע לגבי ר"א דשמותי הוא ע"ש
שהאריך ומזה הנה מקום אתי ליישב דברי רש"י
ז"ל בחומש שכ' ועד אין בה בטומאה אבל יש עדים
לסתירה והק' הרא"ם דהא לא אתיא לא כר' אליעזר
ולא כר' יהושע ואין סברא לומר דרש"י ס"ל כריב"י
משום דתנא דמתני' עיקר ועוד דיחיד ורבים הל'
כרבים ועוד דדברי ריב"י אליבא דר"א הן ור"א
שמותי והיכי נקיט כוותיה עכ"ל ע"ש ולפי דברים
אלו א"ש דהא אף דקי"ל בכל הני כללי מ"מ כיון
דחזינן דר"ח מסורא חש לה להא דריב"י וגם לסו'
דהטא כוותיה כמ"ש הרב וגם דר"ל משמע מדבריו
דס"ל כוותיה א"כ שפיר כתב רש"י כדבריו אף
דבעלמא לא קי"ל כר"א דשמותי הוא וגם שהוא
יחיד שאני הכא כמ"ש :

איברא דאעיקרא דמלתא שכתב מהריט"ץ דר"ח
מסורא פסק הלכתא כרבי יוסי ב"י
משום דסוגיין דהטא כוותיה ולשון דילמא ל"ד קשה
לי דהא ודאי אם נפרש דר"ח מסורא ספוקי מספקא
ליה היכי הלכתא שפיר קאמר בזה"ז דהא בזמן
שבהמ"ק קיים ידעינן להיכן הדין נוטה כיון דיש
סנהדרין דפסקי הלכתא כמאן כמ"ש הרב בסוף
דבריו לדעת הרמב"ם אבל אם נאמר דודאי קי"ל
כריב"י א"כ מאי איריא בזה"ז אפי' בזמן שבהמ"ק
קיים הוי דינא הכי ואין לומר שבזמן שבהמ"ק
יתהפך זה הדין דהא פשי' כיון דסו' דהטא כוותיה
הכי הלכתא וגם דר"ל סבר כריב"י וי"ל וצ"ע :

אחרי כתבי כ"ז יצאתי לחפש חפשי באמתחות
הספס' והאיר ה' את עיני ומצאתי
להרב כמהר"ש אלגאזי בס' שמע שלמה בלשונות
סי' י"ב שכתב על דברי הרא"ם אלו וז"ל ולא
ידענא מאי מק' דפשי' דכר"י ב"י פו' מדקזינא
ליה לרש"י ז"ל בד"ה ונסתרה שיעור סתירה לטומאת
ביאה ומאן שמעת ליה הכי ריב"י דהא בסוטה
ד"ב פריך אליביה סתירה בתי' אקקש דכתיב ונסתרה
והיא נטמאה ומשני ההוא לכמה שיעור סתירה
הוא דאתא ומ"ש עוד דר"א שמותי הוא אינה קו'
מתרי אנפי חדא דהא לא אמרי' אלא אי ליכא
תנא דקאי כוותיה והכא איכא ריב"י כוותיה מדפרש
מילתיה תדע לך דהא אמר ר"ח לא נימא אינש
וכו' דילמא קי"ל כריב"י והיאך נסתפק וכו'. ועוד
וכו' עכ"ל הנך רואה דהרב ז"ל דרך בזה קצת
ממ"ש אנכי איש לעיר מדילי. אבל הרב ז"ל קיצר
בטעמים ולא כ' כ"א כיון דר"ח ס"ל כוותיה מ"מ
בישו בני מעי שכוונתי קצת לדעתו :

אמנם אעיקרא דמלתא מה שהק' הרב ז"ל
ממ"ש רש"י ז"ל ונסתרה והיא נטמאה
שיעור שהייה לטומאת ביאה ומינה דן הרב ז"ל
דס"ל לרש"י כריב"י אתמה"ר ליתא ואשתמיט מיניה
סו' ערוכה בסוטה דף ד' ע"א וז"ל הש"ס ונסתרה
וכמה שיעור סתירה לא שמענו כשהוא אומר והיא
נטמאה הוי אומר כדי טומאה כדי ביאה וכו' ד'
ד"ה ר"א כדי וכו' ב"ע או' וכו' רע"א וכו' ריב"ב
או' וכו' ע"כ הרי מבואר מסו' זו דלאו כמו שהבין
הרב דקאי דוקא אר"י אלא אף כר' יהושע נמי
קאיא ודרים אהאי דרשא וכל התנאים סברי מרנן
כהאי דרשא גם מ"ש הרב בלשונו והאיכא ר"י בר
יהודה דקאי כוותיה מדפרש מילתיה אנכי איש לעיר

חוכך

מוכח כזה הרבה דלמא דר"י טעמא דר"ה מפרש ולעולם דליה לא ס"ל והכי אמרי' בש"ס בהרבה מקומות טעמא דפ' מפרש וליה לס"ל וק"ל וראיתי למהר"א נאטונייו בס' תועפות ראם שהביא דברי מוהרש"א הנז' וכו' עליו דמן הסוגייא מוכח דגם ר' יהושע ס"ל דרשא זו דר"י וגם הרמב"ם שפסק הלכתא כר"י ואפ"ה כתב כדברי רש"י ז"ל עכ"ד ולא ידעתי היכן ראה בסוגייא שדרשה זו ס"ל רבי יהושע דהרי הרואה יראה דמסוגייא דסוטה שהביא הרא"ם ז"ל לא מוכח מידי כלל גם מה שהביא ראיה מדברי הרמב"ם ז"ל ליתא כלל דהא הרמב"ם אעפ"י שפסק הלכתא כר"י אפילו הכי הביא הסוא דר"ת מסורא ומשמע דס"ל כר"י כ"י ומשו"ה הביא ההי דרשא ומדברי הרמב"ם ליכא ראיה כלל ומאוורתא כדכתיבנא דרש"י והרמב"ם לאו מסוגיא זו אלא מאידך סו' דדף ה' שהביאו ברייתא זו בסתם אכ"ע וכן לוין סה"מ אדברי הרמב"ם ז"ל ע"ש ודוק ועמ"ש הטו"ר על דברי הנמ"י וליתא ע"ש והרואה יראה שדברי הנמ"י הם ברורי ההבנה והרב ז"ל במעט שלא ירד לעומק כונת הנמ"י ואין כמ"ל ודוק:

וראיתי להרב בעל שבע בשו"ת שלו בתשו' סי' כ"ז שהביא דברי ר"ת מסורא והאריך ובסוף דבריו כתב וז"ל ועוד יש לתמוה דהלא ר' חנינא גופיה אמר דלמא ולמה פסק הרמב"ם בפשי' לאיסורא כריב"י וקושיא זו ק' נ"כ על הטור בא"ה סי' קט"ו שפסק כהרמב"ם ממש והדבר צ"ע עכ"ל והנלע"ד לתרץ זה דהרמב"ם והטור דיקדקו לשון הש"ס דקאמר דילמא קי"ל כריב"י וכו' וקאסר עלויה לעולם א"כ בודאי צ"ל דאם בדיעבד קינא לה בינו לבין עצמו ודאי דמתסרא משום דילמא קי"ל כריב"י והרי היא אסורה עליו לעולם ודלא כהב"ח בסי' קצ"ח שהבין בדברי ר"ח מסו' דלכתחי' קאמר אבל בדיעבד מותרת כמו שכתבתי דבריו לעיל דליתא לענ"ד דהא ודאי אי חיישינן דילמא הלכתא כריב"י גם בדיעבד חיישינן והיא אסורה עליו דמ"ש כיון דמספ"ל אף בדיעבד מספ"ל ומשו"ה הרמב"ם והטור נקטו עיקר דינא דאסורה עליו אף בדיעבד וממילא גם לכתחי' לא יאמר לה כנלע"ד בקלות דוחק בדעת הרמב"ם והטור ודוק:

ה טור סי' קט"ו אלו יוצאות בלא כתובה וכו' או טיהר לי הכס ונמצאת שקרנית וכו' עכ"ל וכו' הס"מ פכ"ר מה' אישות הי"א וכתב הרשב"א ז"ל שאם היא מודה כ"ש שמפסדה כתו' שאעפ"י שאין אדם מע"ר להפסיד ממון הודאת בע"ד כק' עדים עכ"ל אך הראב"ד ז"ל הביאו הר"ן פליג בזה וס"ל דאינה נאמנת והר"ן ז"ל נחלק עליו כמ"ש הב"י שם דברי הר"ן וסבירא ליה כהרשב"א וגם הריטב"א בחי' מכ"י הביאו הרב בהונת עולם בקו' הריבית דח"י ע"ד ס"ל כהרשב"א ופיים ודוקא קנס מלינו שאינו משלם עפ"י עצמו אבל קרן כאומר גזלתיך וכיוצא משלם עכ"ל והרב בה"ע שם כתב עליו וראיה זו דגזלתיך איני מכירה דבקבע ליה והאי מודה הראב"ד דמאי כ"מ דאין אמע"ר סוף סוף הלא תובעו ממון בברי והודה לו לתת לא ויתחייב ודוקא בבעל שמפיה הוא חייב ועל פיה רוצה להפקיע כתובתה לז"ן שלא תהא הודאת פיה גדולה לענין זה ולא מלינו כגזלתיך דחייב בא"ן הלה תובעו אלא לצאת י"ש והא ודאי מודה ביה הראב"ד כיון שיודע בינו לבין קונו שגזל הימינו עכ"ל והנכי ההדיוט דבריו איני מכיר דודאי אם אמר לחבירו גזלתיך והלה תובעו מדבריו והוא מודה ודאי אין ספק דחייב גם בד"א ולא אמרו דפטור מד"א וחייב בד"ש אלא דוקא באו' גזלתיך ואיני יודע אם החזרתי לך או פטור מד"א ואפילו הכי חייב שבועת היסת שאינו יודע כמ"ש הש"ך ואם כן כשאינו רוצה לישבע חייב גם בד"א ומכ"ש וק"ו אם מודה עתה שגזלו ואינו אומר שהוא יודע אם החזיר אלא דגם עתה מודה שגזל ולא החזיר הא ודאי פשוט ומבואר דחייב גם בד"א אפילו בגזלתיך וא"כ השתא הכא אם הודית האשה דמשמשו נדה והיא מכחישתו לומר דשקורי קא משקרי' כך בודאי דחייבת גם בד"א ונדון זה דומה בדומה לאומר גזלתיך ולא פרעתיך דהדבר ברור הוא דחייב גם בד"א דלא אמרו בש"ס והפוסקים כולם אלא בדוקא באו' איני יודע אם פרעתיך אבל ביודע דלא פרעו כי הכא דבר פשוט הוא דחייב גם בד"א ומעת' ראי' הריטב"א בריאה וחזקה ולדידי היא ראיה שאין עליה תשובה ותמהני על הבהו"ע שלא שם לבו לחלק והם דברים פשוטים ומבוארים וצ"ע ושמא הראב"ד ז"ל יתרץ לקו' זו דהשאת דיוצאות בלא כתובה הוא קנס דקנסוה משא"כ בגזלתיך דהוי קרן משו"ה חייב בגזולה אבל בהיא מודית על עצמה להתחייב בקנס בזה אמרי' דא"א מע"ר ולא מהימנא להפקיע כתובתה כנ"ל לדעת הראב"ד מהכיא דגזלתיך ודוק:

הלכות גירושין

ו' טור סי' קל"ו אבל אם נותנו לה בחזקה שהוא שט"ח אינה מגורשת ע"כ דברי רבינו הם משנה בפ' הזורק דע"ח א"ל כנסי שט"ח זה וכו' אינו גט ע"כ והרשב"א בחידושיו כ' וז"ל ותימא לי אמאי נקט לה כאומר לה כנסי שט"ח ליסמעינן בנותן לה סתם דאינו גט וכ"ש בא"ל כנסי שט"ח וכו' יע"ש מה שתי' ולעד"ן לתרץ על פי סברת רבי' הרמב"ם פ"א ה"ט מה' גירושין שכ' הכא דאינו גט משמע דס"ל דאינו גט כלל ואם נשאת הולד ממזר וכמו שכתב רבינו בפרק יו"ד ובדין נתן לה סתם כתב רבינו פ"א בדין י"א ואם נתן בידה ולא אמר כלום ה"ז גט פסול משמע שס"ל דלא תנשא לכתחילה ואם נשאת הולד כשר (א"ה ועיין נ"כ כמ"ש מרן הב"י סי' קל"ו בד"ה ושיכא שלא וכו' לדעת הרמב"ם כל שנתן לה סתם אינו יוצא מתורת גירושין ולפי' אינו מעכב מן התורה עד כאן לשונו ע"ש) אם כן שפיר השמעינו כמ"ש אינו גט דהיינו שאינו גט כלל דאם באמת היה משמעינו במשנה דין נתן לה סתם והאיה כמכ"ש הו"א דיו לבא מן הדין להיות כנדון ולא הוי אלא גט פסול ואדרבא המשנ' צריך להשמיענו דאינו גט כלל וכלל ומשו"ה נקט הדין בא"ל כנסי שט"ח כנלע"ד ודוק (א"ה תי' זה יספיק לדברי הרמב"ם שכתב בנתן לה סתם דהרי זה גט פסול אבל לפי משמעות דברי הטור דגם בנתן לה סתם

דאינו

דהיינו גט וכת"ב שם הב"י מוכרחים אנו לתירוץ רבינו הרשב"א ז"ל ודוק) ׳

ז' טור סי' קכ"ז בסוף הסימן בימי חכמי התלמוד היה דרכן למנות לשנות המלכים וכו' וכתב הב"י מפורש במשנה ובת' סו' פרק הזורק וכו' אבל הרמב"ם בפ"א מהל' גירושין אחר שכתב וכבר נהגו כל ישראל למנות בגיטין ליצירה או למלכות אלכסנדרי כתב ואם כ' לשם מלכות וכו' משמע דלשם מלכות אחרת פסול וגר' שטעמו משום דאעפ"י שאין המלכיות מקפידות בכך אולי כשיראו שכותבין לשם מלכות אחרת יקפידו שמחשיבים אותם יותר ממלכותם וכו' עכ"ד וכן כתב בכ"מ שם וראיתי להרב בעל ורי אליהו בתי' ע' שהק' על הרב וז"ל ואחר בקשת המחי' הרי הא דאמרי' דאורגא לא קפדי היינו דלא קפדו כלל אפי' יכתבו למלכות אחרת וכמ"ש הרא"ש וכו' ומ"ש עוד דל"ר למה שנהגו וכו' הרי כדאמינן למימר דאיכא למיחש לשלום מלכות הרי הם מקפידי' אפילו על מלכות שעברה וכמו דעבדי לריכותא בגמ' וכו' ע"ש שהאריך והנה מה שהקשה תחלה דהא אמרי' דלא קפדי לא קפדו כלל אחרי המחיל' דברי מרן הם סברא נכונה דודאי כיון שכותבין לשם מלכות אחרת וילא בהו מלתא דודאי שיאמרו חשובים הם יותר ממלכות שלהם ולהכי קפדי אבל מלכות שעברה הסברה נוטה דלא קפדי כ"כ והרב ז"ל דרך בזה ולא הונח לו ע"ש מ"מ לדידי הדברים פשוטים ול"ק מה שהק' הרב ז"ל אבל מה שהקשה ממאי דעבדי' לריכותא עדין קשה והרב בני יעקב עמד בזה ותי' ע"ש בד"ה אבל מ"מ ק"ל לדברי הרב ז"ל כמ"ש בסוף לשונו ואשר אני אחזה לי דרבי' ז"ל וכו' וכן נ"כ במלכות אלכסנדרוס שהיה כבר מאז ומקדם נהוג ליכתב בשטרות וכו' עכ"ל וקש' דאמאי לא זכר שר תי' כ' דמרן שכ' ועוד דבמקום שנהגו ליכא למיחש וכמ"ש ז"ל אם דרך וכו' והו"ל להרב ז"ל לכתוב וכן כתב מרן ע"ש, עוד ראיתי להרב ז"ל שהביא בדברי התו' בד"ה זו דר"מ וכו' ודאיתי לו ז"ל שהטיח דברים כלפי הרב הגדול מהרש"א ז"ל בת"ה דברים הקשים כגידים אשר תצלנ' אזנים משמוע וכמעט שעברתי בדבריו ראה ראיתי שדברי מהרש"א ברורים ונכוחים למעיין בהם ורוח קנאה הליקתני לבוא על דבריו על ראשון ועל אחרון שהנראה שהרב לא עיין בדברי המהרש"א בלל וכד נייס שכיב כתביה להאי לישנא תחלת דברי פיהו כתב עליו וז"ל המנם ראיתי להרב ח"ה הרבה קושיותיו בדיבור זה ומאשר הרב הזה כל דבריו כנחלי אש בעיון טרחתי לכוין דבריו ולא עלה בידי הנה כתחי' הק' וז"ל וי"ל טובא בדבריהם מתה שדקדקו לקמן לפר"ח דהשתא שהבינו לשמואל מגורשת דווקא בדיעבד ולא תינשא לכתחלה א"כ הלא קי"ל כרב באיסורי היאך אנו כותבים לכתחי' לב"ע דלשמואל נמי מגורשת בדיעבד קאמר ע"כ ואנכי לא ידעתי מה החלום הזה דהרי בפירוש כתבו בהו' בקו' דלשמואל מגורשת ותנשא לכתחי' ואם מה שרצה שדקדקו התו' בתי' ר"ת וכתב ולא פליג אדר"י ומגורשת היינו שתתגרש בו לכתחלה והבין מזה דלפי קושי' בזה ס"ד דשמואל בדיעבד קאמר הרי בפי' כתבו בקו' דלשמואל מגורשת

ותנשא לכתחילה וכו' עכ"ל ׳ הנה הרואה יראה דשנו בכונת הדברים דקא ודאי הדבר ברור דמלת מגורשת משמעה היינו אם נתגרשה מגורשת אבל לכתחילה לא תתגרש בו וזה ברור ולא ניתן ליאמר בשביל עיקר יסודו על ההבנה שמגורשת בודאי לכתחילה כתבתי דליתא וכדברי מהרש"א ז"ל דפשטת שהבינו מנו' בדיעבד ותינשא לכתחילה ונמתקה מלת ולא וברור ׳

עוד כתב וז"ל עוד הקשה דהך קו' א"כ היך אנו כותבין לבריאה וכו' אין זה תולה במאי דפליג רב אדשמואל אלא כיון דקי"ל כרב באיסורי והולד כשר קאמר דמשמע לכתחילה לא תנשא היאך אנו וכו' ע"כ ותמהני על קו' זאת שהדבר פשוט לדרדקי דבי רב דקו' היאך אנו כותבין דוקא תלייא במאי דפליג רב אדשמואל ושיעור דבריהם כן הוא דרש"י פי' דאשלום מלכות קאי וא"כ בסברת פליג רב אדשמואל ולדידיה אסור לגרש בו לכתחילה וא"כ היאך אנו כותבין וכו' אבל אי לאו פירש"י ליכא לאקשויי היאך אנו כותבים וכו' עכ"ל ובאמת שתמהתי על תמיהתו ותמהני איך טעה בכונת הרב טעות כזה דהא ודאי דבריו ברור מיללו דהוקשה לו דלמה לבו להקום' לכתוב על דברי רש"י דאם כן פליג רב אדשמואל וא"כ היאך אנו וכו' הו"ל להתום' שיביאו פרש"י שפירש דאשלום מלכות קאי ויקשו דא"כ היאך אנו כותבין דודאי אין תולה במאי דפליג רב אדשמואל וזה פשוט כביעתא בכותחא ׳ עוד כתב וז"ל עוד כתב בזה הלשון אינו מדוקדק שכתבו הלכה כרב באיסורי ולדידיה אסור לגרש בו לכתחילה דלשמואל נמי השתא משמע להו דמגורשת בדיעבד דוקא ע"כ וכבר הקשה עליו שזה טעות גמורה שהרי בפירוש כתבו התו' בקו' דלשמואל מגורשת ותנשא לכתחילה גם יתר דבריו בתי' לכל זה הם דברים שאין להם שחר ולמה נעירת הקולמוס לבטל דברים בטלים מעלמם עכ"ל ונפלאתי הפלא ופלא על דבריו לכתוב לשון זה על מהרש"א אשר בקי במדרי העיון בדברים בטלים ומבוטלים לא שרירים ולא קיימים כי כבר כתבתי שהיסוד אשר בנה עליו הרב ז"ל הוא יסוד נופל דהא ודאי מילת מגורשת משמע דיעבד וא"כ פירשו דמגורשת היינו שתתגרש בו לכתחי' והוא דרך דוחק וכל זה הוא ברור ופשוט ואף שנטיתי מדרכי המוסר לכתוב על הרב' דברים אשר לא מחוק הד"א מ"מ ליסרי לן מר כי רוח קנאה הלבשתני מאשר הרב ז"ל דיבר ק' נגד המהרש"א אשר לא כרת כמבואר ומעתה דברי מהרש"א ברור מיללו ודברי הרב ז"ל צ"ע ׃

וראיתי עוד להרב בעל בני יעקב ז"ל ד"ב א' שהקשה אדברי מרן שכתב ול"ד למ"ש שנהגו למנות למלכות אלכסנדרי דשאני התם שכבר עבר ממ"ש בש"ס ולריכא וכו' כאשר הבאנו דבריו לעיל ושם תירץ דודאי לא אמרינן הכי אלא בההוא זמן שהיו כותבין לשם מלכות של אותה מדינה והוא שינה בודאי מתקנאים דהוא כהו מלתא אבל במקום שנהגו כולם לכתוב למלכות אלכסנדרוס לא קפדי שכבר עבר ומ"ש מרן את"ד ועוד דבמקום שנהגו וכו' ולפי מה שכתב מאי ועוד הרי היא גופא הוי התירוץ הא' נראה דה"פ דלפי תירוץ א' אפילו היכא

דנושא העדות הנ"ל מהני כהזכרת השם לסברת הה"מ ממש וגם ממ"ש משרת עמה"ל דומיא"ט משמע שמכירו ומשני לדעת הר"ן ולא בעי קברתיו ועד אחרון הרב פרח מטה אהרן בח"ב סי' ס' בנ"ד שאמר הגוי אותו היהודי שהיה יושב בחנותו באותו קרן זוית אמת שהרגוהו ע"כ כתב הרב ז"ל דמהני במקום שמו וש"א וש"ע והביא דברי הר"ן הנז' וגם שני דלא בעי קברתיו ונסתייע מת' הרב"א יעו"ש דק"ל. תו חזינא למהר"ם ז"ל בתשו' סי' נ' שנשאל על גוי מסל"ת שאמר יוסף שהיה משמש לגרשון כפינג'יק מת וכו' השיב הרב ז"ל דאין לחלק בין כשאמר פב"פ לכשאמר פ' משרת פ' דהא לא מסתברא דמאי שנא וכו' וכ"ש דלפי האמת נראה דחשיב כשמו וש"א וש"ע דלכ"ע אפי' בלא חיפוש כל שלא הוחזקו שנים לא חיישינן לאחר וכו' עכ"ל והנה דלפי האמת נ"ר דמהר"ם הזכיר שמו שאמר יוסף משרת גרשון משא"כ בנ"ד דלא הזכיר שם כלל ומלשון הרב בתשו' הנז' שכתב וידענו נאמנה שלא הי"ל משרת ששמו יוסף שהיה עומד שם וחסר זולת יוסף קאסטרו בעל העגונה הזאת וכו'. משמע דהי לאו שהגיד שמו יוסף לא מהני ולא עוד אלא דמלינו למהר"ם בלוי בהאספות שבס"ס יד אהרן סי' יו"ד שהקשה על דברי מהר"ם הנז' ולבסוף כתב שלא סמך הרב ז"ל על משרת פ' אלא בשביל שבגרון שלו היה שמו ושם עירו דעדיף משמו ושם אביו וכו' ורצה להשלים חסרון שם אביו בשם האיש שהיה משרת. אלו עכ"ל גם שם בתשו' למהרא"נ"ח שהשיב על גרון הפוא הביא דברי מהר"ם בתשו' הנז' וכתב וז"ל וגם הרב מהר"ם לא התיר בסי' ו' בהשוא משרת הרינ'דא אלא ע"י חיפוש שלא היה שם משרת אחר ששמו יוסף יעו"ש והנה דלע"ד ליתא להא דעין רוא' ל' הר' ז"ל דכ' וכ"ש דכפי האמת נר' דחשיב כשמו וש"א וש"ע דלכ"ע אף בלא חיפוש לא חיישינן לאחר כ"ש בנ"ד שהיה ע"י חיפוש וכו' מבואר בדבריו שאף בלא חיפוש יש להתיר וכ"ש בנ"ד שהיה ע"י חיפוש דעדיף טפי לרווחא דמלתא ופשוט. ואיך שיהיה נראה שלא סמכו הרבנים הנז' כולם אלא בהזכרת שמו עם משרת פ'. משא"כ בנ"ד דליתא. עכ"ל נראה דכולם סמכו להתיר עפ"י דברי הר"ן הנז' דכל שמעיד בדבר ברור לא בעי הזכרת השם. ונמשכו אחריו כל האחרונים. וא"כ בנ"ד פשיטא דליכא לספוקי באחר שהרי ידענו נאמנה שלא שלח בכור נגרין שום אדם לאר"ץ ושלח עמו בוניה כי אם זה האיש הנעלם שיצא מעכו בשליחותו ופשיטא דאין להסתפק באחר וכמ"ש הרב אשכנזי ודי בזה להתיר הספק הא' גם מהרא"נ"ח בח"א סי' ז"ך בהריגת האימני'ש של בדעא"ט כתב וז"ל ובודאי אם לא היה ההיתר אלא על אימין אחד והועד שנהרג האימין שני בהכי כמו שמו וש"א וש"ע. שמ"ש בתוספתא אין מעידין עד שמכירין שמו וש"א וש"ע לא בא למעט אלא שאין סומכין על אומר הדע' אבל ודאי כל שמעיד בדבר ברור שא"א לספק באחר משיאין אשתו כמ"ש הר"ן בתשו' וכו' ע"כ. וכ"כ מהרש"ך בח"א סי' כ"ו על עדות הריגת סופר שמדינה יעו"ש וכ"כ בתשו' אחת משלשה רבנים ה"ס בתשו' מהריב"ל ח"ב סי' ח"ו במי שהעיד על

היהודי קונה שוורים שהרגוהו שכתבו וז"ל איכא לאסתפוקי בכל הני עדויות שהם לא הזכירו לא שמו ולא שם עירו אלא יהודי קונה שוורים סתם וכד מעיינינן שפיר אשכחן שהאשה הזאת מותרת שהרי כתב הר"ן בתשו' וכו' וכההיא תשו' דהרא"ש מתלמיד שמו ר' אשר שהתיר הרא"ש את אשתו בצירוף שתי עדויות העדות הא' שאותו אשר בעלה של זאת בספרד משם ללכת למקום תורה ועדות הב' שלא עלה משם תלמיד ללמוד שהיה שמו ר' אשר לבד אחר הוא ר' אשר מרוסיא ע"כ והאריכו בזה יע"ש והנה שמהריב"ל נראה דפליג עלייהו. לא פליגן אלא מטעמא דאפשר שילך אחר לקנות שוורים ולא רצה לעשות כמנהג הקונים שוורים. או שנזדמנו לו שוורים לקנות ולא הוצרך להכריז כמנהג הקונים יע"ש משא"כ בנ"ד דלא שייכי הני טעמי. ודאי גם מהריב"ל יודה שהרי בכור נגרין לפנינו והרי לא שלח לשום אדם קודם זה לאר"ץ ושלח עמו בוניה ודאי דאין לספק בו שום ספק דהוא הוא ולא אחר. ועיין בתשו' הרב מטה יוסף ח"ב סי' י"ד:

עוד כתב הרב הפוסק וז"ל וכ"ת עדין לא יצא י"ח בזה דכיון דעיקר שריותא דהאי אתתא היא מתוך סיפור הגשים שסיפרו לגוי שבכר מלאוהו הרוג ומושלך ביער ובתוך דברי הגשים לא הוזכר איזה יהודי כי לא הזכירו לא שמו ולא ש"א ולא ש"ע אלא יהודי סתם אמרו ומנ"ל דע"ז נתכוונו דילמא על יהודי אחר נתכוונו ולא ידענא מאן ניהו ומה טיבו ואף שהגוי המסל"ת כוונתו על זה היהודי הנשלח מעכו והוא יודעו ומכירו מה לנו בידיעתו כיון דעיקר העדות שאנו סומכין עליה הוא מה שסיפרו הגשים ולא הוזכר בפיהם שמו כלל ומנ"ל דמלינן לקל בכה"ג ולזה אני אומר דהא ודאי שדעתם ע"ז היהודי. וזה אומרים שזה מתפחד שלא יעשו בו כמו שעשו ביהודי דמשמע שכבר נודע להם ע"י השמועה שהיהודי הבא עם הבוני' נהרג בעבור הממון שהיה בחיקו. וע"ז כיוונו באומרם שלא לעשות בו כאותו היהודי ע"כ:

ואנכי הרואה תיובתא קושיא ופירוקא לא קשיא והרב הפו' שיחיה רפא שבר גדול על נקלה דהרואה יראה בתשו' למהריב"ל ח"ב סי' ט"ו בעדות יהודי שאמרו ב' תוגרמות שיכן בית לורי שהרגו בוא עמנו והראנו היכן הוא. אפשר שנהיה סיבה לשבוא להורגי לורי ביד אחיו. ואמר להם באיזה אופן אמרו לו איספ'אהי א' ראה גופו הרוג במקום אחר ע"כ וכתב הרב בתשו' שנו' דיש להסתפק בשריותא דהך איתתא שהתוגרמות אמרו שאיספ'אהי אחד ראה גופו הרוג. ונהי דהתוגרמות כמה שאמרו בזה להו כאלו שהזכירו שמו וש"ע וש"א אבל יש להסתפק דילמ' האיספ'אהי לא אמר להן אלא שראה גופו של לורי הרוג ולא הזכיר אלא שמו ודילמא לורי אחר הוא יע"ש שרצה לסקל משום דהוי עד מפי עד וכההיא דת"ס. ושוב התיר וכתב דלא דמי יע"ש. גם מרן בתשו' אה"ע דק"א בנ"ד שהגוי שמגיד היו דבריו מבוררים שהעיד על חביב חבירו של מיכאל כתב וז"ל מאחר שהגוי המל"ת הגיד לנו ידיעתו מהיכן הוא והוא שמע מאחר והאחר לא קאמר אלא

חביב

חביב שאם ול"ק חביב של מיהא חיישינן דילמא אחר היה יעו"ש שנטה דעת מרן להחמיר ועיין בתשו' להרב אורים גדולים הובאה בתשו' הרב זרע אברהם סי' ט' ובתשו' להרב מהר"א זאבי סי' ד' שהביא דברי מרן ומהריב"ל הנז' וכו' דפשיטא הוא קיימי יעו"ש והדברים ק"ו לנ"ד דבנ"ד דהרבני' העד הא' הא ודאי הזכיר שמו ואפ"ה כתבו להחמי' כ"ש בנ"ד שלא הוזכר שם כלל בדברי הנשים כ"ש וק"ו להחמיר וכיוצא בזה כתוב בתשו' מהרד"ך סוף בית ד' על עדות משה פוסי שאמרה הגויה כמו שעשו ליהודי אחד שביתו שתוך לחומת העיר שהרגו תוגר אחד שמו יא'חיא בפרדסו וקבר אותו וכו' וכתב הרב שאין כאן עדות כלל דמאן לימא לן דהיום כ"כ שנים שלא יצא יהודי אחר שהיה ביתו סמוך לחומת העיר ולא נודע שמו שבא שם ועמד אתן מה והגויה היתה מכרת בו וידעה ביתו ויצא ונהרג ועליו אמרה דבשלמא אם היתה מזכרת היום שיצא משה פוסי ונהרג היה לנו לדון בדבר אבל השתא דלא הזכירה היום פשיטא דאין כאן עדות כלל עכ"ל:

גם ראיתי בתשו' להפ"מ בח"א סי' פ"ד שהביא דברי מרן בתשו' הנז' ומהריב"ל הנ"ל ולמד מהם לנ"ד ושוב חילק והורף דבריו דהמגיד שהגיד להישראל דיבר מה ששמע בדברים כהווייתן כגון ההיא דמרן שהתוגר אמר ששמע מפי ב' תוגרמים שהיו אומרים בתמה הרגנו את חביב היהודי ע"כ הנה כי כן יש לחוש דלמא הרוצחים על חביב אחר היו מדברים והתוגרמית היא ששמעם וששמעה שעל חביב זה הנעלם הם המדברים וכן הוא נדון מהריב"ל וכו' אמנם היכא דלא הגיד הדברי' בפרטן רק דרך כלל שאמר שמעתי מתוגר שפ' נהרג ליכא למיחש לחששת מרן והריב"ל יעו"ש והרי בנ"ד פירש בפירוש מה ששמע פרטי הדברים ואמר שהיו אומרות אחת לאחת שזה מפחד שלא יעשו בו כמו שעשו ביהודי ע"כ הרי שהעתיק פרטי הדברים והוי ממש כנדון מרן והריב"ל גם מהר"א חנניה ז"ל הובא בפ"מ ח"ב סי' כ"ו הביא תשו' מרן וחילק בנ"ד וז"ל ועוד דגם לעדות המזלג'י נראה דהנ'וכהן הוא דא"ל אותו יעקב שהיה נושא ונותן בלמר ע"כ משמע דדוקא משום שבדברי מגיד הראשון באו דברים ברורים שעל אותו יעקב הוא שמדבר הא לאו הכי לא וכ"ש בנ"ד דאפי' שם בעלמא ליכא גם הפ"מ עצמו בסי' ק"ז דף כ"ד ע"ד הסכים לדברי מהרא"ח וחילק בין נ"ד לדמרן אך מדברי מהרא"ח שם נר' דס"ל דמהריב"ל פליג אמרן וכבר חלק עליו הפ"מ שם יע"ש גם הרב מהר"ח כרודו הובאת תשו' בתשו' הרב ד"ן ח"ס סי' ס"ד דק"ע ע"ד הביא דברי מרן ומהריב"ל הנז' לנ"ד יע"ש גם מהר"א זאבי בת' הרב זרע אברהם סי' ד' די"ו ע"ד כתב וז"ל המורם מכל האמור דבין למרן בין למהריב"ל כשהוגד לפנינו דברי העד הא' דברים כהווייתן ואין בהם בירור על מי מדבר לא אמרינן מדהסמיך העד הב' אותם הדברים על בעלה של זו הוברר לו שדברי העד הא' היה על האיש שהוא מדבר אלא אמרינן טעה כחושבנו כ"ש וק"ו לסברת מוהרא"ח בתשו' סימן ס"ח דמחמיר בעד מפי עד אפי' בסתם ואחריו

ואיר בתיב מהרימ"ט בח"ב יעש"ב וכ"כ בתשו' מהר"י זאבי ז"ל הובאת בתשו' ז"א סי' ט' יע"ש וכ"כ הרב דיבר משה א"ה סי' י"ח ע"ש מעתה כיון שראינו להקת הפוסקים ראשונים ואת אחרונים דחששו לספק חששא מי ימלא את לבו להקל הגם דמלינו דבעיגונא הקלו מ"מ לא הקלו בגופה של עדות ופוק חזי מ"ש הרב משאת בנימין בתשו' סי' ק"ט שהיקל הרב שם בכמה דברים ולבסוף כתב וז"ל ובאמת שהארכתי יותר מדאי בענין זה במקום שהיה לי לקצר מפני שידעתי דרך חכמי דורינו יצ"ו דרך ישבון אור להסתלק מכל ס' שבעול' ושכל לש"ש כי מיראי הוראה הם ואם לא שיעלה בידם הלכה פסוקה וברורה עד שלא יפול בה שום דבר מחלוקי השוחר ודרכם דרך טובה וישרה בכל שאר הוראות אמנם בעיגונא דאיתתא לא כן אנכי עמדי רק אנכי הולך בעקבי הצאן הרועים הקדמונים והאחרונים שבקשו לרדים ולדי לרדים בכל מאמצי כחם להקל בעיגונא דאיתתא וכמו שכתבתי דבריהם למעלה ומי לנו גדול כהרב ח"ה וכו' גם הרב מהריק"א וכו' גם הרא"ש וכו' שכל אלו גאוני עולם סמכו את עצמם על דברי חכמים הקדמונים שפתחו להם פתח ושער להורו' הדרך שאין להחמיר רק בגוף העדות שיעידו דבר ברור ומוחה וראות ולא בספיקות וחששות במל"ת ושאר אמתלאות וכדאמרינן בבכורות כי אקילו רבנן בסופו בתחילתו לא אקילו ופתח זה שפתחו חז"ל הראשונים והאחרונים הוא השער לה' צדיקים יבאו בו עכ"ל הרי שדעת הרב להקל בכל מאי דאפשר ואפי' הכי בגוף העדות בעי דבר ברור ומוחה ודאית ולא באמתלאות וכ"ש כההיא אמתלא שעשה הרב בפו' הי"ו וכבר הרגיש בחולשת דבריו וכתב עוד וז"ל ואת"ל דלא ידעי מה ענינו של היהודי הזה וסתם קאמרי שלא יארע לו כמו שאירע ביהודי וכו' מ"מ הרי נודע לנו מתוך שיחורם דיש יהודי הרוג וכיון דחזינן דלא יצא ובא למתוו זה אלא זה היהודי עזרא בעלה של זו והוא הנעל' ואבד שמו ולא בא עוד גם לא נשמע כי אם יהודי אחר נהרג ולא נשמע על שום יהודי אחר שנהרג אלא זה לבדו וגם חזינן פי אל נ'וסר כל מלבושיו וכו' מכל זה מוכח שהיהודי הנז' הנהרג זהו בעלה של זו ולא אחר דלא שכיח שזה עזרא הנעלם הלך לארץ מרחקים מבלי לבוש ויהודי אחר שלא נודע שמו ומקומו אותה שעה במלא ונהרג הא ודאי זה דבר דלא שכיח וכבר כתב הרב זרע אברהם בתשו' דלא חיישינן לדבר דלא שכיח יע"ש עכ"ל גם כאן הלך הרב הפוסק אחר אומדנא ואמתלא ואני אומר דמתניתא וש"ס הויין תיובתיה מתניתה הא דתניא עשינו עלינו כית עשינו עלינו מערה הוא מת ואני כללתי אינה נאמנת ואמרי' עלה בגמ' דאמרי' לא כי היכי דלירדך אתרתים ניסא וכו' הרי דניסא הוא מילתא דלא שכיחא ואפ"ה תלינן דאתרחיש ליה ניסא ועוד אמרו שם דקט"ו ההוא גברא דבשילהי פילולי אקלי נורא כי נכני אמרה לסו דביתהו חזו גבראי חזו גבראי אתו חזו גברא מריכא דשדי ופסחא דירה דשדיא סבר רב חייא בר אבין למימר היינו עשינו עלינו כית עשינו עלינו מערה אמר רבא

מי

תי דמי התם לא קאמרה חוו נכרא ועוד נכרא חרוכא דשדו ופסקא דשדיא • ור"ח בר אבין נכרא חרוכא דשדי אומא אינש חריכא אחא לאנולי והכלקים נורא ופסקא דידא דשדייא נורא אתלייא ואתייליד ביה מומא ומחמת כיסופא ערק ואזל לעלמא ע"כ • וכתב הנ"י דהרי"ף והרא"ש ורוב האחרונים פסקו כר"ח בר אבין להחמיר יע"ש :

חוי לך סך עובדא דשור שחוט לפנינו נכרא חרוכא ויפה אומדנא גדולה ועצומה ומוכח' טובא ואפ"ה תלינן להחמיר דילמא איניש אחרינא הוא ובעלם אזל וערק לעלמא אמת שראיתי למהרש"ך ז"ל בח"ב סי' קנ"א על בחור עייזאג'י שנהרג בדרך דראמירי כתב ויראה לי טעם נכון לומר אם היה אומר החוגר הנז' בחור אחר עייזאג'י תושב שלוניקי הרוג מלתא דפשיטא דבחיפוש שני דמחפשינן אם אינו חסר בחור אחר עייזאג'י משלוניקי כי אם זה האיש ליבלי אשתו מותרת וכו' ועוד יראה לי לומר טעם אחר להקל ולהתיר האשה הזאת והוא שכבר נתפרסם ונודע שזה האיש ליבלי אשר נתעלם היה הולך דרך דראמירי וכיון שכן יש לתלות ולומר שהבחור עייזאג'י שראה החוגר הרוג בדרך דראמירי היה זה האיש ליבלי שידענו כאמנה שיצא משלוניקי דרך דראמירו ולא תלינן לומר שהבחור עייזאג'י שראה החוגר הרוג אתא מעלמא בדרך דראמירי ונהרג שם וליבלי שיצא משלוניקי ללכת דרך דראמירי עזרנו והלך למקום אחר כולי האי אין לחוש וקרוב לרמו' טעם זה למ"ש הרא"ש וכו' והרב מהר"ש פרימו ז"ל בתשו' כהונת עולם סי' ט"ו סמך על טעם זה • לבד להתיר יע"ש ויש מקום לומר דגם בנ"ד אפשר להתיר מה"ט כיון שזה האיש הנעלם יצא מעכו לבא פה אר"ץ יע"א וא"כ תלינן שזה האיש שראו אותו הרוג הוא הוא האיש עזרא הנעלם אמנם לפי האמת ליתא כלל דשם הא מיה' החוגר אמר בחור עייזאג'י וכיון דהנעלם הוא בחור וגם עייזאג'י תלינן לומר דהוא הוא משא"כ אם אינו מזכיר שם העיר לא ברמזולא בשם מנ"ל להקל ועוק חזי מ"ש מהר"ס בר ברוך ז"ל בתשו' סוכתה בתשו' הרב פמ"א ח"א סי' כ"ו והיא בתשו' מהר"ס ק"נ סי' שע"א שנשאל על יהודי שהלך לכפר מהלך יום א' ואמר שיחזור בו ביום ולא בא כי נהרג ביער אבל ראו אותו ולא הכירוהו כי שמטושו הכלבים אבל אומרים שזה הוא שמכירים בליו כיון ששמעו שיהודי אחד נהרג והשיב שאעפ"י שיודעי' שאותו היה כיון שאין עדים שראוהו וגם נוי לא הסיח לפי"ת שנהרג פ' שראוהו כשנהרג וגם בליו לאו כלום כדאמרינן בליו חיישינן לשאלה ע"כ • וכתב עלה הפמ"א שם וז"ל ויראה דמאי דקאמר אעפ"י שיודעין שאותו היה ר"ל ששמעו כפי' על בעלה של זו שנהרג ולא ששמעו על הסתם יהודי א' נהרג אעפי"כ כיון שלא היו עדים מעידים שראוהו שנהרג פ' או שהכירוהו שפ' הוא ההרוג לאו כלום היא וכו' יעו"ש הרי בפי' שאפי' ידעינן שבעלה של זו נהרג לא תלינן שהוא הוא ההרוג הנמצא • ומינה לנ"ד •

ברם חזי הוית תשו' שלימה להרב שבות ויעקב ז"ל ח"ה בתשובת כנסת יחזקאל סי' נ"ן על יהודי שנעלם עם האדענגלן ושוב נמ' העגלן הרוג והכירוהו שהוא הוא ואתו עמו יהודי אך לא הכירו צורתו ופסק הרב בתשו' הנה קול המון עונים ואומרים בפשיטות שאין צריך חיזוק יותר שודאי שזה הנהרג הוא יהודי לעמלי הנ"ל ואין לספק באחר עפ"י אומדנות גדולות דהוו כאומדנא דשוכח אבל לבכי לא כן ידמה וכו' א' שכראשון האומר הגדול שכל האנשים שהיו בכפריו כולם שבו לביתם ואף כמש"ר לעמלי נסע משם עם העגלן כאשר העידו על זה היהודים ועכשיו שמלאו לערל עם היהודי שנהרג וידוע לכל שלא היה יהודי אחר עם העגלן כי אם כמ"ר לעמלי ודאי שזה הוא ולא אחר מ"מ דבר זה אין לו שחר כלל דודאי על אומדנא כזו א"א להתיר אשת איש לעלמא וכו' אכן ראיתי בתשו' כמי"ט בח"א סי' קל"ס שאם נאבד יהודי בדרך שהלך ממקום פ' למקום פ' ואח"כ באותו דרך נמצא הרוג מדאור' תלינן שזהו הנאבד דאם איתא שהנאבד ניצל היה נודע מקומו וע"כ אם נשאת לא תצא והוא טוב יותר מנאבד במש"ס דהתם איכא למימר שהיה פלטו למרחוק וא"כ מאחר שילא מחזקת איסור דאורייתא אזלינן בתר רובא מן התורה וא"כ אפשר לגדר לסיתר אף מדרבנן מאחר שלא נתעלמו שני אלו השלשה מסקתא שמא שמלאו הרוגים הם שני עכ"ל שמבי"ט א"כ ה"ה בנ"ר שנאבד יהודי זה עם העגלן ונמלא באותו דרך העגלן עם יהודי הרוג ודאי יצאה מאיסור דאורייתא ויש להתיר אשתו מכבלי העיגון כדעת המבי"ט עכ"ד הרב ש"י וה' בעל כנסת יחזקאל שם בדע"ז ע"כ כתב על דברי הרב ש"י הנז' כדברות הראשונות שכתב דעל אומדנא זו א"א להתיר א"א וכו' וז"ל הנה מר מרחיק סברא זו כמטחוי קשת וכו' ואיך נעלם ממנו תשו' מהרי"ו סי' ע"ט שכתב מאחר שהרא"ש כתב בתשו' דיש להקל בעדות אשה וכו' ובעובדא דידן דידעינן שאותו היהודי היה על הדרך תלינן שאותו נהרג ודמייא ממש להאי עובדא דהרא"ש וכו' • ה"כ נלרף סימני כליו וסימני גופו ושהיה אותו יהודי ודאי על הדרך ותלינן שהוא נהרג וכו' ע"כ דברי מהרי"ו וכו' ועוד אני משתעשע בד"ק דב' בתשו' מבי"ט סי' קל"ה וכו' בכר מלתי אמורה שזה דעת מהרי"ו וכו' עכ"ל הרי דתרי גברי רברבי מהרי"ו והמבי"ט תרווייהו מתירים בכהאי גוונא דנ"ד ונמשכו אחריהם הרב ש"י והרב כנ"י . מעתה ניתזי אנן מה יענו שפתותיהם ברואה שסבאנו מסכיא מתני' ומהש"ס ובשלמא הוא דעשינו עלינו כית וכו' איכא לחרולי בפשיטות לדעתם דשאני נר"ר דהאיכא איש הרוג לפנינו ותלינן ביה משא"כ התם דאמרה כרדמי עשינו עלינו בית ואני ניצולתי והוא מסתמא לא ניצול דהא ליתיה קמן ומסתמא נשרף דאל"כ איש אפה הוא ולהכי איכא כאמנת דאמרינן לה אתרחיש ליה ניסא וערק לעלמא משא"כ היכא דשור שחוט לפנינו בודאי שאנו תולין דהוא הוא האיש הנעלם אך מססיא דר"ח בר אבין דפסקו הפוסקים כוותיה כמש"ל דהרי נכרא חריכא ופס ידא קטיא טובא שהרי הרוג לפנינו ולא תלינן ביה • ואנו אומרים דזה אתא מעלמא לאצולי ונחרך ובעלה אתלי ביה מומא ומחמת כיסופא אזל וערק לעלמא

והנראה ליישב דבריהם והוא שהם ז"ל מפ' סוגיא דהש"ס כמו שפירש הרמ"ה שכולו רי"ו בא"ו בכ"ג ח"ג שכתב וז"ל וכ' הרמ"ה ודוקא שאותו פס ידא אינו מן האיש הנהרג דאז אמרינן שמא הפס הוא מבעלה וברח לו מהבושת אבל אם לא היה שם פס ידא אלא האיש הנהרג לבד או שיש פס ידא מאיש הנהרג שלא מצאו לו כי אם יד אחת אמרינן דודאי האי פס ידא הוא מהאיש הנהרג כיון שאומרת שזה האיש הנהרג הוא בעלה נאמנת עכ"ל. ולפי"ז לא תברא האי סוגיא להפוסקים הנז' דשאני התם דאיכא ב' גברי לפנינו האיש הנהרג שלם ועוד פס ידא. וזה הוי ריעותא דהרי מוכח ודאי דאיש אחר אשתכח הכא ומי יימר דחתנה הוא הנהרג. והדרבא אמרינן שאחר בא להציל ומת. ושאני פס ידא דחתנה. ומדאשתכח ביה מומא אזל ועריק לעלמא מחמת כיסופא אבל היכא דליכא שום ריעותא אלא שיצא קול שנהרג פלוני בדרך הזה ושוב נמצא הרוג שום אדם בזה הדרך תלינן הוא הוא דומיא דמ"ש הרמ"ה דהיכ' דלא אשתכח אלא חד גברא דתלינן דהוא חתנא אלא שעדיין הלב מהסס דמדקדוק דברי הרמ"ה שכתב בסוף דבריו וז"ל וכיון שאומרת שזה הנהרג הוא בעלה ואמרה מתחילה ראו בעלי נאמנת ע"כ ומלשון זה נראה דבעינן שתאמר האשה שזה הנהרג הוא בעלה והיינו שהכירתו בסימנים או בטביעות עין הגם שאמרה מתחילה בעת השריפה ראו בעלי ולפי דברי הפוסקים הנז' לא בעינן לא זה ולא אותו דבאומרת מת בעלי בשרפה ונמצא שום שרוף לפנינו הגם שלא הכירתו נאמנת דתלינן לומר שהוא הוא:

אך ראיתי בתשו' הב"ח סי' נ"ה שכתב בתוך לשונו והע"ג דקושטא דמלתא דליכא אלא גברא חרוכא לחודיה לא חיישינן לאיניש אחרינא. אפילו לא אמרה עכשיו שזה בעלה כדפרשית. מ"מ נקט הרמ"ה וכיון שאומרת וכו' כיון דהכי הוה עובדא דש"ס כלומר כ"ש פשיטא לן דנאמנת אבל מדינא אפילו לא אמרה כלום נמי שרינן לה עכ"ל ובזה מיושבים דברי הפו' הנז'. האמנם אכתי לא יצאנו ידי חובת פירש"י בש"ס שפירש והפס ידא הוא מאיש אחר משמע דלא ס"ל כפי' הרמ"ה אלא שאפי' הפס ידא מאיש הנהרג דעת ר"ח בר אבין להחמיר. וכ"כ מהרמ"ש בתשו' דס"ג ע"כ דדעת רש"י אינו כפי' הרמ"ה. ולפי שיטת רש"י הגם דלא הויא אלא גברא חרוכא ופס ידא ממנו תלינן להחמיר דגברא חרוכא איניש אחרינא הוה ופס ידא מיניה הוי ובבעלה אתיליד ביה מומא אחרינא ועריק מחמת כיסופא ולא תלינן דבעלה הוא הנהרג. וזה הפך סברת הפו' הנז':

הן אמת כי בתשו' מהר"א ששון סי' ט' ראיתי שפי' כונת רש"י ככונת הרמ"ה יע"ש. אך מה נעשה שהרא"ש בתוספותיו הביא דעת רש"י דלא כהרמ"ה שכתב וז"ל רש"י לא רצה לפ' כרבינו שפי' דכיסא ידא מבעלה והיינו מומא דאתיליד ביה דהש מסלה בה האור כ"כ שנפסקה ידו מחמת האש א"א לו לחיות עכ"ל ותשמע מדברי רש"י ז"ל לפי"ז דהגם דלא נמצא כי אם הרוג אחד אפי' הכי תלינן להחמיר ולא אמרינן דהוא הוא. אבל האמת דרוב הראשונים פי' בש"ס כהרי"ף והרא"ש דלא כרש"י ויש ליישב דבריהם אליבייהו וכמ"ש:

ואיך שיהיה דעת מהר"ש בר ברוך הנז"ל בתשו' מוכח דלא כוותייהו וכשלמ' למהרי"ו איכא למימר דלק"מ דהא מלשונו מוכח דלא הכיר כי אם ע"י סימנים בגופו ובכליו ושלא נמצא הרוג על הדרך ותלינן דהוא הוא שנעלם משא"כ בנדון מהר"ש דלא נמצאו סימנים כלל. אכן ראיתי בדרכי משה בס"ק ד' שכתב וז"ל ומהרי"ל האריך בתשו' סי' ע"ט בזה וכתב שם ביהודי אחד שהיה בדרך ושמעו שיהודי אחד נהרג בדרך תלינן בודאי שאותו יהודי הוא ועיין בתשו' מהרי"ו דמיקל הרבה שם בדינים אלו עכ"ל. הנה הרב ד"מ הבין בדע' מהרי"ו שהכיר אפי' בלא סימנים ומ"מ הנה תשו' מהר"ש נראה הפך מזה. ואחר הרואה בת' מהרי"ו ג"כ יראה שהוא ז"ל הביא בתחילת התשו' עובדא דהש"ס להוכיח דלא שרינן מטעם אומדנא אף ע"ג דמוכח טובא וגם ראיתי בתשו' הרב פני משה ח"א סי' נ"ן שהביא סברת המבי"ט הלז וכתב שהיא קול' יתירה ומדקדוק כל דברי האחרונים נראה שהם חלוקי' עליו גם בתשו' למהר"י בר יוסף בתשו' הנו"ר סי' כ"ב כתב דאין לסמוך על סברת המבי"ט. גם מהרמב"ח בס' עזרת נשים ס"ק ל"ו כתב וז"ל ומה שיראה לע"ד דעולה לענין הלכה הוא זה אם איש יצא מיהודה ללכת לגליל ושוב נעלם מן העין. לגליל לא הלך ולירושלים לא חזר וראו הרוג אחד בדרך ולא הכירו מי הוא אע"ג די"א בכה"ג אשתו מותרת מן התורה כמ"ש המבי"ט סי' קל"ה רוב האחרונים חולקים ע"ז כמ"ש בפ"מ ח"א סי' נ"ן דקכ"א ע"ג יע"ש עכ"ל גם בפ"מ ח"ב סימן ז' דקע"א ע"ג כתב ודברי המבי"ט בזה כמו. זר נחשבו אליו וקולא יתירה היא כמו שיראה המעיין יעו"ש ושוב הקיר מתשו' הרי"ו הנ"ל דהיינו בצירוף סימני הגוף עם סימני כלים יע"ש. מעתה מי שם פה להקל ולסמוך על סברא הלזו. ובאמת שראיתי רבים מאחרונים הביאו לסברת המבי"ט הלז כמ"ש מהר"ש פרימו בתשו' כהונת עולם סי' ט"ו וז"ל ועוד נראה לעשות סניף לנ"ד מהסי' דהמבי"ט ח"א סי' קל"ה וכו'. גם מהרמ"ג בתשו' מיקל בזה למעשה דעברו ג' שנים כמ"ש בס' גו"ר כ"ב סי' י"א ובעל הס' סי' ט' העיד דרשו רבי' בהוראת המבי"ט. ובסי' ח' הרב מהר"ש ב"ח נסתייע מהוראה זו ובס' מטה יוסף סי' י"א סמך על זה למעשה וכו' ואעפ"י שבעל פ"מ כתב שהיא קולא יתירה עכ"ז כתב בהצטרף יעו"ש עכ"ל. ועיין בתשו' יריעות האהל ס"ס י"ט מ"מ נראה דכולם לא עשאוה אלא לסניף בעלמא וכ"כ בתשו' חס"ל דכ"ט ע"ג וז"ל עוד זה דס' המבי"ט אין שום גם א' מהפו' שראיתי דיסמכו על סברתו לסור רק לסניף בעלמא עיין גו"ר סי' ד' ובכרם שלמה וכ"כ גם הא"ר שם ועיין גו"ר סי' כ"ד וכו' וע"ש. עכ"ל

והנה כי כן לא מלאני לבי להקל ולסמוך על ס' המבי"ט הלזו וכן ראיתי למוה"ר מהרש"ל ז"ל בכ"ד חלק בא"ה סי' נ' שכתב וז"ל היכרא כי הנפש לא תמלא לסמוך על ס' המבי"ט הלזו עכ"ל

עם

עם כי ראיתי בתשובה לגדול הדור האחרון הרב חק"ל ז"ל בא"ה סס"י י"ב שהביא תשו' המבי"ט והביא ראיה לדבריו מתשו' מהרי"ו ומתשו' בתס"ד בפו"ב סי' קל"ט ע"ש מ"מ איהו גופיה לא עשאה אלא לסניף יע"ש ומ"מ אנן קחזינן בתשו' מכ"י הקדש הרב מהר"ם בן חביב שיצא לידון להקל הנה כי בספרו עזרת נשים ס"ק ל"ו הביא דברי המבי"ט ודחאם כאמור לעיל · הנה בתשו' הנז' ראיתי שכתב וז"ל ומיהו יש ללמד זכות ולו' דיצאה אשת הספאן הארוך מחזקת א"א מן התורה מטעם דהרי יצא קלא דלא פסיק דהספאן זה נטבע בנהר וזה היה בשנת את"ת והרי עברו כמו ג' שנים ואם איתא שיצא למקום אחר קלא הוה לה למילתא בהמשך זמן זה וכיון דאיכא קלא דלא פסיק דטבע הספאן בנהר ונשתקע זכרו ואבד שמו אומדנא רבא הוא דטבע ומת בנהר ומהני הך אומדנא להוציאה מחזקת א"א מן התורה כיון דאבד זכרו ונשתכח שמו · ותדע שכן הוא דהרי כתב הר"ת במז"ל פ"ז דנחלות מי שטבע במים שאין להם סוף ובאו עדים שטבע בפניהם ואבד זכרו אעפ"י שאין משיאין אשתו לכתחילה הרי היורשים נוחלים על פיהם עכ"ל וכבר ידוע דמרן בב"ת פי"ב דגירושין דקדק מדברי הרמב"ם דבעינן שיעיד עליו כדי שתצא נפשו הא לאו הכי אם ניסאת תצא וכמ"ש הרשב"א בתשו' ואלו הכא בה' נחלות לא חזינן דהצריך הרמב"ם דטבע ולא עלה אלא דטבע לחוד ואבד זכרו סגי ליה לשאם ניסאת לא תצא ובודאי דהחילוק הוא זה דבתוך השנה שנתעלם דלא אבד זכרו בעינן שיעיד העד שטבע ולא עלה ואז דוקא אם נשאת לא תצא וטבע סתם לא מהני אבל טבע סתם בצירוף דאבד זכרו דעבר שנה אחד ונתקיים בו נשכחתי כמת מלב אז אם ניסאת לא תצא ועיין בס' אליה רבה דל"ג ע"ב שהוא מפרש ואבד זכרו שכתב הרמב"ם היינו דשבו עליו והביא ראיה מלשון מרן שכתב ואמרו שאבד זכרו יעש"ב · ועיין בהמבי"ט ח"א סי' שכ"ו ענין זה דו"ב חדש יע"ש וכן יראה מדברי מהרי"א בפו"ב סי' לק"ט יע"ש באריכות אם כן גם אנו נאמר בנ"ד כיון דעברו ג' שנים ונשתכח שמו איגלאי מלתא למפרע מכח אומדנא דמוכח דהאמת הוא שטבע בנהר ומת ואם ניסאת לא תצא ולא רביע עלה אלא איסורא דרבנן דלכתחילה לא תנשא ככ"ל עכ"ל העתקתי כל לשונו יען היותו בכ"י ודינא רבה קא נפיק מניה דאם עברו י"ב חדש דינא יתיב דאין כאן אלא איסורא דרבנן:

ודוגמא לס' זו של מהר"ם ן' חביב מצאתי בתשו' דברי אמת סי' ד' דל"א שהביא תשובת רבינו משולם שהביא מרן הב"י סי' י"ז והמבי"ט בסי' שכ"ה ותחילה כתב דבתשובת רבינו משולם הלזו פליגי עלה רבוותא ושוב כתב ואומר אני דאפ' דלא פליגי רבינו משולם עם כל הגדולים הללו דהנדון של רבינו משולם הוא כמ"ש מהר"מ אלשקאר ראובן היה רגיל לילך לסחורה מהלך יום אחד ומתעכב שם פעמים חדש פעמים ג' פעמים ה' פעם אחד הלך לשם ולא חזר ונשמע שנהרג וע"ז כתב הרב מכיון שלא נשמע עליו קול שהוא קיים והיינו אבד זכרו וכמ"ש המבי"ט שם שעברו י"ב חדש בזה הוא שהתיר רבינו משולם עפ"י הקול שיצא שנהרג דרובן של אלו למיתה הם עומדין ולא התירו חכמים אלא משום הנך עובדי · אבל ביבשה לא התירו וקרוב לזה הם דברי מהרי"א בפו"ב סי' לק"ט וכו' יע"ש הרי ששני בקיאים מתנבאים בסגנון א' דכמה שעברו יב"ח לדעת ר' משולם תנשא אפי' לכתחלה ומכ"ש דאזיל ומודה לסברת מהר"ם ן' חביב דלכל הפחות נפקא מאיסור תורה והדברים ברורים דיש נפקותא בין אם הוא באיסור דאורייתא או באיסורא דרבנן · וכמו שאכתו' לקמן בעה"ת · ולי יראה דעיקר כונת המבי"ט ז"ל בההיא תשו' דסי' קל"ב היא דוקא עד"ז שכ' מהר"ם ן' חביב ז"ל דהרואה יראה בתשו' המבי"ט כמה פעמים כתב מי שיצא ממקום פלוני ללכת למקום פלוני לביתו ולא הגיע לשם ונאבד זכרו וכו' יעו"ש בכל דברי תשובתו שכתב ונשכח זכרו וכו' והא ודאי שכונת הרב ז"ל היינו כשעברו עליו יב"ח וכמ"ש הרב ז"ל בסי' שכ"ו · והשתא אפשר לנו לומר דאף מי שחלק על סברת המבי"ט היינו משום שלא ירדו לחלק בין תוך יב"ח לאחר יב"ח אבל אה"נ לאחר יב"ח שהרי נאבד זכרו כ"ע יודו לס' המבי"ט הלזו · והנה דלס' המבי"ט דאם חפשו בעיר שיצא משם ולא נודע שום אדם חסר כי אם אותו יהודי שנעלם הרי אפי' להנשא לכתחילה · מ"מ קשני לן מיהא לאפוקי מאיסורא דאורייתא אפי' לס' החולקים עליו · שאם אנו מחפשין בדרך עכו וסביבותיה שלא נעלם שום יהודי באות' הימים נפקא מאיסורא דאורייתא לכל הפחות . ורואה אנכי שדעת מרן הב"י שיא כס' המבי"ט ז"ל והוא ממ"ש בב"י וז"ל כתוב בת' הרמב"ם ראובן היה נושא ונותן בתוך ויצא לישא וליתן כמנהגו בכפרים של עכו ובא אצל יהודי א' והפקיד כליו שם · ולקח מהם מקצת והלך למכור בעיר אחרת · והמתין ב' ימים ולא בא אז הביא שאר כליו לאשתו שאלוהו עליו אמר הלך ולא חזר · לימים עברו יהודים מבני עכו דרך שם אמרה להם נכרית אחת חזרו לבתיכם שמא יארע לכם מה שאירע ליהודי א' · שאלוה מה אירע לו · אמרה יצא מעיר פ' ללכת לעיר פ' ויצאו אחריו והרגוהו שאלוה מאין תדע זה האיש אמרה הוא היה מודעתנו כשהיה בעכו ועושה מלאכתינו וסיפרה להם דמותו וכו' · תשו' זאת האשה מותרת לינשא שזו הנכרית מסל"ת · ואעפ"י שלא הזכירה אותו בשמו וכו' עכ"ל וכתב הב"י ויש לתמוה שזה סותר מ"ש בפי"ב מגירושין ישראל שאמר מת איש יהודי מנינו במקום פלוני כו"ך צורתו כו"ך היו סימניו אין אומרין כאומר פרע' פ' הוא וכו' ול"ל שסמך בתשו' להתיר על מ"ש הנכרית שאותו יהודי שהרגו היה עושה מלאכתה כשהיה בעכו ונודע להם שהיה עושה מלאכתה וכו' א"כ שלא חסר שום יהודי מעכו כי אם זה וכו' עכ"ל הרי בתירוץ הב' נראה דס"ל דחפוש סגי להשיא את אשתו אפי' לכתחילה אפי' שלא הזכירה שמו ולא ש"א ולא ש"ע אלא שהזכירה דמותו . והרי הם ממש דברי המבי"ט ז"ל בנ"ד שהזכירה הגויה דמותם כמבואר שם בשאלה .

אמנם לפי מה שנראה מתשו' המבי"ט בסוף דבריו שכתב וז"ל מחפשין ע"כ אותם

מקוונות

מקומות שמולכים מכס על אותו דרך אם לא ילא אחר או ילא וכניע חנאי אשתו אפי' שלא הזכיר סימנים כ"ש כנדון זה שנקנו, סימנים ככל א' מאלו הגרונים וכו' ע"כ הרי שדעתו להקיר אפי' בלא סימנים ובכה"ג אין הכרע לומר דס"ל למרן כוותי' וק"ל · ואיך שיהיה הדבר ברור לנע"ד שילאה השה או אשת הנעלם מאיסור האוריתא ותו לא השוב' אראה להרב הפיסק כר"ו שכתב וז"ל ועוד דאפי' בלא עדות הנשים עדותו של הגוי שאמר דלפי דעתו לא היתה מיתתו אלא בהריגה ולא בטביעה הנהר משמע דפשיטא ליה לגוי עפ"י השמועה שמת זה היהודי אשר נשלח מעבו עם הכוניה · אלא שיהיה מסופק באופן מיתתו אם היא הריגה או טביעה וכא לשפרט מדברי הנשים שמיתתו היתה' בהריגה ולא בטביעה וכו' עכ"ד ואני אומר שאין בדברים הללו כדאי להקיר דהא ודאי לא עדיף דיבור זה מהאומר שמעתי שפ' מת ואפ"ה לפי מה שראיתי בדברי הפוסקים הראשונים ואת האחרוני' דאין משיאין בעדות זו פוק חזי מ"ש בעת"ה סי' ר"ס בכ"ר וז"ל נוכל לומר שלפי סברת והסכמת רוב העולם דיבר כך . כי כן הווה ורגיל ורא"יה גדולה ע"ז מהכוא דאמר מאן איכא כי חסא טבע חסא ואמר ר"ן קאלהים הכלוא כוותי לחסא וכו' והשתא לקמן דר"ן היה אדם גדול וצדיק וחסיד השתבע על הרוב וע"ד הכווה ורגיל · כ"ש הגוים דבלא"ה פיהם דיבר שוא ולשונם עולם שסומכין על הרוב והדבר הרגיל וכו' · ולפי"ז נראה גם כן אם ראובן טבע כמשאל"ם ואח"כ כתב כתור א' לחברו שראובן הלוה מת והטביעה לא הזכיר אין אומרים נקיר את אשתו וכו' דהא דכתב הכתור על ראובן שמת זהו מחמת הטביעה כמו שילא הקול בכר וכו' עכ"ל · גם כתשו' הרשב"ש סי' רס"ד דמ"ח ע"כ כתב וז"ל אבל כנדון הזה אפילו נמלא כתוב בשטר שמת ואפי' המקוננות מזכירות אותו בין המתים · לא סמכינן עלייהו כלל לפי שזה היום כיון שלא מלאוהו אבפי השיירא אמרה דביתהו שמת ויצא קול שמת בלמא אבל ליכא מאן דמסהיד רחוא יקיה דמית וכי היכי דשמעי מאומרי' שמעי איכתו דמית וכתבו הכי ע"כ · ויותר מזה כאן דבריו מבוארים בסי' תקי"ט וז"ל ואפי' אמר עליו שמת מחמת אומדן דעתא אמר כך שחשב שכיון שנפרד ממנו והוא אינו יודע הדרך שמא מת ברעב ובלמא וכו' · וחורתי ע"כ לדרוש למלו' פתח היתר ולא מלאתי . אלא שאם באו לכם בחכי' מסום מקום מנחנויים על מיתתו סמוך למיתתו קודם שהלכם להם השמועה תהלכם אפשר לתלו' הדבר שמעו כם שמת מלד אחר שלא ידענו אנחנו וכו' עכ"ל גם כתשו' מהריב"ל ח"ג סי' פ"ט החמיר כאומר שמעתי שמת פ' דדילמא קול הברה שמע יע"ש דפסיק כן גם כתשו' מהרי"ט ח"א סי' כ"ן ובח"כ סי' ל"ה ל"ו כתב כן יע"ש . וכ"ה דעת מהר"י סמוט והוא כתשו' מרן כא"הע סי' א' יע"ש והנם דאגן כתיה דמרן ז"ל נגררינן דפליג על מהר"י כמוט ומשמע דדעתו דלא חיישינן שמחמת קול העידו וכ"ה דעת מהרשד"ם א"ה סי' מ"ז דדוקא בטבע חיישינן דמחמת הקול העידו · וכ"ה כתשו' הרדב"ז חדבות סי' רו"א וכן דעת מהר"ם בקשו' כ"ם מ"ת כמרן ז"ל . מ"מ ראינו רבים מהאחרוני' דססכימו דעת מרן בחילוקים שונים . והנך רואה להרב מהר"ס נחלאלנטי ז"ל כתשו' הנו"ר דמ"כ שכ' ליישב דעת מרן דל"פ עם מהריב"ל ומהרי"ט וכו' דל"פ מרן אלא כההוא עובדא דנ"ר שהעדות היה שהעד מעיד שנהרג יהודי וכו' והותו היהודי יש לו אחות כפאטרן וע"ז הוא שכתב מרן דאין לחוש שמא קול הברה שמע שאין לנו לחדש שמועות מדעתינו שהשמועה לא נשמעה אלא שיהודי אחד שילא מליפאנטו שנהרג אבל סי' זה שמוכיר שהי"ל אחות כפאטרן לא נשמע בכלל הקול · ולכן ראוי לומר שזה אינו מעיד עפ"י קול הברה השמועה רק ששמע בבירור מתי שיש לו אחות כפאטרן אף עפ"י שלא הזכיר מתי שמע אבל בעלמא היכא דלא הזכיר שיש לו אחות וכיולא בדברים אלו מודה מרן דחיישינן לקול הברה יעו"ש וממילא בכ"ר דליכא מידי פשיטא דחיישינן ·

גם כתשובת הרב פ"מ ח"ב ס"ס כ"ו כתב וז"ל שאף שכתבו מוהריק"א ומהרשד"ם ושניהם הסכימו שאפי' על הכתה שילא קול קודם אפילו הכי אם העידו אח"ך שנהרג לא חיישינן לקלא דקודם הכי דדוקא בטביעה הוא דחיישינן להכי אבל בנהרג לא יע"ש · מ"מ דבריהם לא נאמרו אלא דוקא כשהמעיד הוא יהודי דבכה"ג דוקא יש לחלק בין טביעה לנהרג וכו' וביהודי הוא דמחלקי הרבנים הנז' אבל בגוי מסיח לפי תומו אין לחלק בין יש ליבשה אלא בכל גוונא שילא הקול ואפילו שנהרג ביבשה אם ילא קול אחר שנתעלם מן העין יש לחוש בגוי מסיח לפי תומו שאמר שנהרג דילמא מחמת הקול הוא שאמר כן ובכי הא אף הרבנים הנז' יודו וכו' עכ"ל וכן כתב בתשובת משאת בנימין סי' ק"ט וז"ל וא"ת לפי זה כל איש שנעלם ונאבד ואין אנו יודעים מה היה לו תהיה אשתו מותרת לינשא ממילא בלי שום עדות משום שכל שנאבד או נעלם מסתמא קרוב לודאי הוא שנהרג וכל אדם ישראלים וגויים נומרים בלבם שזה ודאי נהרג ומספרי' דרך שמועה איש לרעהו שפ' נהרג בדרך וכו' ואח"ך יבא אחד לפני ב"ד ויעיד שמעתי כי פלוני נהרג וב"ד יתירוה לינשא וכו' ובשלמא לדברי מוהריק"א וכו' לדידיה מיהא ניחא כשהעד הוא ישראל וכו' אמנם בה"ה סי' ר"מ וכו' וכ"ש בנכרי שמעיד לאחר שילא הקול שחוששין שמא לא שמע הנכרי אלא קול הברה בעלמא וכו' דודאי העד השני לריך שיעיד לפני ב"ר שהעד הא' הגיד לו אמיתות הדברים כגון דאמר העד הא' אני יודע בבירור שפ' נהרג או שיאמר באותו מקום נהרג או באותו יום נהרג וכו' אבל בענין אחר אין סומכין על עדותו דחיישינן לקול הברה בעלמא עכ"ל הרי שהבין דעת מרן בהפ"מ דדוקא בישראל הוא שחילקו אבל בגוי מסל"ת אף ביבשה חיישינן לקלא · גם בתשו' המ"ב סי' ק"ה האריך בזה ובסוף דבריו כתב הילכך לא נראה לי להתיר שום אשה בעד מפי עד שיעיד העד השני שהעד הא' פירש לו בהדיא שהוא יודע בבירור שמת וכו' ע"ש גם מהר"מ בן חביב ז"ל בס' עזרת נשים ס"ק ל"ו הביא תשו' הפ"מ וכתב עליו וחילוק זה מאיש לוקח והוא רמוז במשפט לדק ח"א סי' ז' דל"ד ע"א וגם רמוז מעט בתשו' מהרשד"ם סי' מ"ז

מ"ז . וגם הביא שם מרן גופיה בתשו' דקי"ל ע"ג קיים לקא דקול גם כענין הרוגה יע"ש גם מהרשד"ם סי' מ"ד ר"ן ע"כ בתשו' הרגלים כענין הרוגה קיים לקא יע"ש וכ"ש וק"ו בנ"ד שלא אמר הגוי כפי' שמעתי שנהרג פ' אלא שמתוך דבריו אנו דנים דמדקאמר שלפי דעתו אין זה טביעה כמים אלא שנהרג דמשמע דפשיטא ליה שמת דלפי דעתי כל כה"ג שאנו דנים ממשמעות הדברים כ"ע יודו דילמא קול הברה שמע שפ' מת בדרך והוא יתיב וקאמר דע"י אומדן דעתו כך וכך אירע לו או אפילו אם שמע שנאבד ולא ידע מה היה לו הוא דן כאומד שנהרג או שנטבע ואין לנו להתיר בכה"ג

והשתא דאתינן להכי אין בידינו להתיר נ"כ ממה שדיבר הגוי והוא עבדלה חסון בעדו' הראשו' לפני הרי"ו הכהן וז"ל והנה ווקת אלדי פ'וחת לענדהום כופ'ת · לאין כונת שמעאן כל קליוה ובעדהו שמיעת ניסוואן יחכו פי כעלהום שארק יכאף לא ועמלו פיה מיתל אל יהודי קולתילהום חללו או לא קאלולי שאפו מקתול מרמי כין אל היש ע"כ · והנה מדבריו שאמר כונת שמעאן אל קליו'ה פר"ל אני כבר שמעתי הענין ונראה שהיה אפשר לומר שמזה מוכח שכבר שמע מקודם במיתתו · ואעפ"כ נתפחד וכיון שכבר שמיע ליה מקודם מזה עצמו יש להקיר דהא ליתא דמלבד שכבר כתבנו דחיישינן לקול הברה ואפילו מרן ומהרשד"ס יודו בכה"ג וכמש"ל עוד זאת דאין דברים אלו מוכיחין על המיתה דגם לפ' דבריו שהוא כבר שמע שאבד ונבלם בזה הדרך ולא נודע מקומו איו · וסתמא שהרגוהו · והוכחה לדבר זה שבשאמרו הגשים שזה מפחד שלא יעשו בו כמו שעשו ליהודי שאל מהם חללו או לא ור"ל הגמלא או לאו משמע דאכתי לא פסיקא ליה מלתא דאפשר שהעלימוהו ליקח ממון שבידו ואעפ"כ הוא שואל הראוהו וידעו מה נעשה בו וא"כ מאין הרגלים להתיר בכה"ג והדברים ברורים · ובאמת שראיתי להרי"א ח"א הנכ"י אות ס' תשמיה דרב כרס שלמה שכתב וז"ל לא התמיר מהר"י שמוע דחיישינן דשמא מקול הברה שמע אלא בנ"ד דנתקבלו כמה עדיות כמוסקלור ואוושא מילתא טובא ולאו כ"ע דיכא נמירי דלא יש פיקו כל אותם עדיות להתיר אבל היכא דלא אתחזק הקול טובא אלא כדרך כל הארץ שכאשר מתעלם אחד מן העין ימים רבים של נער אומרים עליו שנהרג כל כה"ג גם הוא יורה דלא חיישינן לומר על המעיד דאמר כדרמי דא"כ לא הנחת בת וכו' יע"ש וכן הביא דבריו בנו בתשו' ד"מ א"ה סי' י"ב דקכ"ג ריש ע"ב יע"ש ולדידי אף שאיני כדאי להכריע מ"מ לענ"ד קולא יתירה היא זאת ומדקדוק דברי האחרונים בנ"ד אנ"כ וק"ל . אבן הדרך הישר לפענ"ד מ"ש מהר"ס כן חביב סוף אות ל"ו וז"ל ואם בא עד אחד ואמר שמעתי שמת פ' או שמעתי שנהרג פ' ולא הגיד ממי שמע יש אוסרין מהרי"ל ח"ג סי' פ"ט ויש מתירין מרן בתשו' דק"ז ואם אחר שיצא קול הברה ונתפשט שפ' מת או נהרג אם בא עד אחד ואמר שמעתי שמת פ' או פ' נהרג ולא הגיד ממי שמע אליבא דכ"ע חיישינן שמא קול הברה שמע · כיון דלא הגיד ממי שמע ואף מרן מהריק"א ור' לי דמודה

כזה וכל התשובות אלו דחיישינן שמעיד מחמת הקול היינו היכא דודאי יצא הקול אבל היכא דלא נודע שיצא קול אין לנו לחוש שיצא קול שהעיד מחמת הקול כמ"ש כפ"מ ח"א סי' מ"ב וח"ב סי' כ"ז עכ"ל ומ"מ בנ"ד דכל הדברים באו וניכרים שהם מחמת אומדנא וסיף כל סוף עיקר העדות מדברי הגשים ובדברי הגשים אין כדאי להתיר כמש"ל הנה כי כן אין כלע"ד להתיר בעדות הראשונה ודי לנו שנאמר שיצא' אשת הנעלם מאיסורא דאורייתא וכמש"ל כנלע"ד ·

ומעתה הבה נא הבא לעדות הב' שהעיד ה"ר יצחק משען הי"ו שגוי א' שקול אגאלי הגיד לפניהם שיום א' היה יושב לפני השר יר"ה ובאו וסיפרו עבדי השר שנעלם הנראף שהיה עם הכונים והשר אמר לו שתכף יקום הוא ועשרה רוכבי סוסים לחקור על הדבר וקם והלך לשם ולקח עמו מהתילי אשר היו עם הכונים חמשה אנשים והלכו על שפת הנהר כמו ט"ו שעות ומצאו הרוג ובגדיו עליו . והכירוהו וקברוהו והניחו בגדיו פ"ל ג'וסר וחזר שקול אגאלי והגיד לשר כל הענין . ואמר שלא ידע אם הוא הרוג ע"י אדם או שהוא חנוק במים והמים העלוהו על שפת הנהר אך לפי דעתו שהוא הרוג בידי אדם עכ"ק העדות הנז' · והנה בעדות זו יש להסתפק כמה ספיקות וביאורם יבא תוך דברינו אחת לאחת דהשונה יש להסתפק אי חשיב האי גוי מסל"ת כיון שבפיו מלא לומר שהוא שלוח מאת השר יר"ה לבקש על הדבר הוה א"כ הוי כמו ע"י שאלה ונפיק מתור' מסל"ת דהא איהו הוא שליחותיה דשר קא עביד והוי מלתא דשייך בגווה · וכן מצאנו בתשו' להר"ן ז"ל סי' נ' שכתב וז"ל ודבר שליח זה אינן אלא דברי מסל"ת כלל כיון דשייך האי שליח בהאי מלתא וכדאמרינן בפ' כל הגט דלמלתא דשייכי בה עבידי לאחזוקי שקרייהו ואפי' מסל"ת אינו נאמן וגוי זה נ"כ אע"ג דאין שבירותו תלוי בדבריו עביד הוא לאחזיק ולומר שהוא נאמן לשולחיו ועשה שליחותו ביותר ממה שמוטל עליו עכ"ל וגדולה מזאת ראיתי שבא הדבר מפורש כנדון שלפנינו ממש בתשו' מהרי"ו סי' ק"ן וז"ל על אודות האשה העלובה העגונה שכתבת חזרתי ע"כ לדרים ולרי לדרים למצוא לה היתר ולא אתברר לי · דלא מצינא למיקם על האי מלתא שפיר · עדות הגוי נראה דלא הוי מסל"ת כיון שאמר השר בקש אותו לחקור ולדרוש היאך נהרג הוי כמו אים חבירו דלא הוי מסל"ת עכ"ל וה"ז דומה כדומה לנ"ד ממש · וכבר ראיתי לה' פ"מ ח"א סי' נ"ן שתמה על מהריק"ו שורש קכ"א מתשו' הר"ן כלגו וז"ל ואי קשיא לי על מהריק"ו הא קשיא לי עמ"ש שם בשורש קכ"א להתשי' עדות גוים הרודפים ושלוחים מאת השופט מסל"ת דהא אותם הרודפים כיון שהיו שלוחים מאת השופט כדי לתפוס אחר הענין שייכי בגוים מקרו והיכ' דשייכי בגווה לא הוו מסל"ת · וכדאיתא בפרק כל הגט ולא מהמני וכמ"ש הר"ן ז"ל בתשו' סי' נ' יע"ש · וא"כ לדידי כ"ע למה זה סמך מהריק"ו ז"ל להחשיב הגוים הרודפים מסל"ת עכ"ל והרי בנדון מהריק"ו לא הלכו לתפוס אחרי היסודים כ"א כבקשת השופט · והפ"ה תמה הפ"מ עליו דאין זה מסל"ת דשייך בגוה מקרי גם בתשו' מהר"ש הלוי סי' ג' הביאו מהר"ש ן' חביב בס'. עז"ן אות קט"ו הקשה על מהריק"ו

כיוצא

בולא בזה ותירץ מהרמב"ם שם דנ"ר דמהריק"ו לא מיירי שהשופט לוה לרודפים שהם ילכו לבקש אלא שהשופט הגיד למשרתיו הענין דיהודי אחד נעלם בנכולו והם מעצמם הלכו לחפש ואין כאן שייך בנוה ועביד לאוקי שקריה כיון דלא נשתלחו ע"ז בהדיא ללכת לחפש מפי השופט עכ"ד ומש' בהדיא שאם היו נשלחים מפי השופט לחפש על הדבר וכנ"ר אף מהריק"ו יודה דילא זה מרין מסל"ת

האמנם אני אוכין ואדון בעיקרא דמלתא אי כנשאל מגוי ומשיב מפיק מידי מסל"ת הו לא. וראיתי למור"ם בהגהה סט"ו שב' וז"ל י"א הא דאמרינן דאם שאלו את הכותי תחיל' לא מקרי מסל"ת היינו דוקא אם שואלו ישראל אבל אם שואלים אותו כותים ומגיד מקרי מסל"ת ובלבד ששואלים אותו שלא בפני ישראל עכ"ל ומקור דין זה הוא מתשו' תה"ד סי' רל"ט שהביאם הב"י שם וכתב עלה ואין נראה כן מדברי הר"ן שב' בתשו' סי' נ' וגו' יע"ש והרב חלקת מחוקק כתב דל"פ הר"ן והתה"ד דבתשו' הר"ן מיירי דשאל שכותי השליח בשם ישראל וכל שהגוי יודע שיש תועלת לישראל בהגדתו אין זה מסל"ת וכתב שבחינם כת' הב"י שהר"ן חולק על מהרא"י עכ"ד · והרב בית שמואל ס"ק מ' הסכים דהר"ן והתה"ד פליגי ובס"ק מ"ח הקשה על מור"ם איך פסק לקולא כדעת התה"ד שהרי הוא כתב בסמוך דבכל מקום דאיכא פלוגתא בדינים אלו אזלינן לחומרא ותי' דס"ל דהר"ן אינו חולק עם תה"ד והא דלא התיר בתשו' שהביא הב"י מה שהגוים היו מגידים לפני השופט מחמת שאלת השופט לאו משום דס"ל דאם הגוי שואל לגוי לא הוי מסל"ת אלא שאלת השופט שאני דשואל אותו שיגיד לשם עדות עכ"ד וראיתי בתשו' מהר"ם מלובלין סי' ז' ר"ן ע"ר שהביא דברי התה"ד סי' רל"ט וכתב עליו והע"ג שהר"ן בתשו' פליג ע"ז והב"י הביאו סי' י"ז מ"מ נראה להכריע כדעת מהרא"י שהוא האיון טפי בפרט במקום עיגונא דהקלו רבנן וכו' ע"ש גם בסי' ק"ו הס"ט ע"כ הביא דברי התה"ד וכתב עליו שנראה מס' מהריק"ו שהוא אינו מסכים לס' תה"ד לחלק בין שאלו אותו ישראל לשאלו אותו גוים שהרי בההוא עובד' דמהרי"ק איירי שלא שאלו אותו יהודים להרוצח אלא השופט שאלו והעפי"כ לא נסתייע מהריק"ו מסברא זו לומר שבשביל טעם זה מחשבינן ליה מל"ת אלא תלה הטעם בשביל דפשיטא לן דלא נתכוון להעיד אבל מדברי מהריק"ו בתשו' נראה שהוא פוסק כסברא זו של מהרא"י בעל הת"ד עכ"ל גם בתשו' מהר"ם סב"ע והיא בתשו' תומת ישרים סי' קל"ח הביא תשו' הר"ן ותשו' תה"ד וכתב דל"פ דבתשו' הר"ן מיירי שנזכר תוך השאלה שם ישראל וכתי' הרב ח"מ שכתבתי יעו"ש גם מוהר"ר חיים כהן יחייא שם בסי' קל"ג הסכים עמו שהעדים הנז' בכ"ה מסל"ת מקרו יע"ש ולא נרגש מדברי הר"ן ע"ש · גם מוהרא"ם ז"ל בח"א סי' ע"ר נטה לדעת התה"ד יעו"ש גם בתשו' למהר"י אלפנדרי ז"ל הוכיח כת' מהר"י קלבי סי' י"נ דמ"נ ע"א כתב וז"ל מלינו דזה הענין דע"י שאלה לא הוי מסל"ת לאו מלתא פסיקתא היא דבכל שאלה קאמר שהרי סוגייא

דעלמא אזלא כמאן דס"ל דשאלה דגוי לגוי לא מפקא מידי מל"ת כבעת"ה ואפשר דאף הר"ן ס"ל הכי ומ"ש בההוא תשו' דמשמע דס"ל דלא הוי מסל"ת בבר קירנמוס רבנן דשאני התם דהשליח הזכיר שהיה שליח ישראל וכו' עכ"ל עוד כתב שם ועוד אודיע למעיין דאין להוכיח מתשו' מהריק"ו שו' קכ"א דגוי השואל מגוי דלא מקרי מספר ל"ת דשאלת הגוי השיבא שאלה משום דהתם מסתמא כשהשופט מקריב לרוצח למשפט הוא בפני שקובעי' את דמו של ההרוג או דודו או בן דודו או משאר בשרו וכו' וזה נקרא שאלה ישראל מתם אחר. כך ראיתי להרב מהרמ"ש בקו' רי"ב ריש ע"ד שכתב כן יע"ש עכ"ל. הרי דניחא ליה להרב חי' בה"מ ומהר"ש סבע שכתבנו ולא עוד אלא דסעד סעי' לנו דסיניא דעלמא אזלא כבעתס"ר · גם מהר"א חנניה ז"ל כתבי' כי כאה בפ"מ ח"ב סימן כ"ז דנ"א ע"ב כתב וז"ל ולענין הדין כל רבותינו האחרונים ז"ל סמכו ע"ד בעתה"ד להקל · ותימה הי"א בעיני איך סמכו להקל באיסור ערוה נגד הר"ן והריב"ש ואפשר כיון דדברי הר"ן לא באו בפירוש אלא ממשמעות לשונו לא שבקינן דברי בעתה"ד המפורשים בשביל משמעות לשון הר"ן דאפשר דכיון דלא נחית להאי דינא אלא גוי מפי גוי מהני לא דק בלישניה עכ"ל גם הרב פ"מ בתשו' למהר"א חנניה ז"ל דלא לפי דעת הר"ן דבסתמא לא חיישי' אם הגוי הא' מסל"ת אי לא ולא בא אלא לאוקי כשהגיד לגו הגוי שב' דהא' היה נשאל ממנו דזה לא מהני וכן הבין מהריב"ל ח"א סי' א' יעו"ש · והא"כ כתב אמנם ע"כ אלה עינינו הרואו' שכבר פשטה הוראה להקל כדברי בעתה"ד עכ"ל ·

הרי הוכחנו מכמה רבים ועצומים דאזלי כשיטת תה"ד ובפרט תלתא ספרי מהר"י אלפנדרי ומהר"א חנניא והפ"מ שהעידו שפשטה הוראה להקל א"כ פשיטא דיש מקום להקל וכראי הם כל הרבנים שזכרנו לסמוך עליהם במקום עגון והן אמת שראיתי להרב פ"מ ח"א סי' נ"ן דקכ"א ע"ג שכתב וז"ל והנה שהרב תה"ר כתב דשאלת גוי לגוי שלא בפני ישראל לא מפקא מידי מל"ת ומהר"ש סבע תפס במושלם שבדין כבעת"הד הלזו ומהר"ר חס הסכי' עמו יע"ש על הכל עינינו הרואות תשו' הר"ן חולק' וכו' וכיון דהוי פלוגתא דרבוותא דס"ל להר"ן דשאל' דגוי מזקת גם מהרי"ו סי' ק"ן ס"ל דשאלה דגוי מזקת · גם פשט דברי מוהריק"ו שורש קכ"א הכי נוטים והנה שהיינו יכולים לומר ולדחות דמהריק"ו ומהרי"ו בעובדי דידהו מיירו דשאלת השופט לגוי היה בפני ישראל השינוי לא שמכינן ואין דבריהם יוצאים מידי פשוטם דאית להו דשאלת גוי לגוי מזקת כס' הר"ן ודלא כמהר"ש סבע וכו' מעתה מאן ספין ומאן רקיע לעיולי כפשים בפלוגת' בדבר ערוה החמורה דהו"ל ספיקא דאורייתא ולחומרא וכו' יעו"ש עכ"ל הנה כתבי' זאת החמיר הרב כדעת הר"ן הפך מההיא תשו' דח"ב סי' כ"ז שפ' בעת"הד להקל והעד שעיר שכן פשטה הוראה להקל מ"מ אמינא דהנה דנראה שתי תשובות אלו דהפ"מ סתראי ניהו מ"מ דבריו האחרונים עיקר כדמוכח מס' ומניס שתשו' דח"א סי' נ"ן היא

היתה

וכ"כ בת"ג סי' כ"ט שהיא בש' הא"ל שכבר פשטה הוראה להקל על פי סברת תה"ד. יע"ש ·

מעתה גם אנן כדידן יש לדון ולהקל ולומר דהגם דנראה דהר"ן ומהרי"ו מחמירים בכ"ד מ"מ כיון שכבר פשטה הוראה להקל כס' תה"ד וכן היא הסכמת האחרונים שכתבנו לעיל אין לנו להחמיר · וכ"ש וק"ו לפי מ"ש לעיל בעדות הראשונה שאשת הנעלם דכ"ד יצאה מאיסור תורה ואין עליה אלא זיקת איסורא דרבנן הא קי"ל ספיק' דרבנן לקולא ואם ראה תראה להפ"מ שם שכתב וז"ל ואל ישיב המשיב מאי דס"ל להמבי"ט בח"א סי' קל"ה וכו' חדא דהאי דהמבי"ט קולא יתירה ועוד דשאני כ"ד מנדון המבי"ט דבנדון המבי"ט הוא כדבעד מפי הראוי להעיד או מגוי מסל"ת איך ראו הרוג וכו' וא"כ בכ"ד שאנו מסופקים בעדות גוי זה אי הוי מסל"ת אם נניח דלא הוי מסל"ת ליכא שום עדו' דנמצאו הרוגי' בדרך וא"כ עדיין איכא איסור א"א דאורייתא וכו' · (ועיין יד אהרן ח"א הגב"י אות סנ"ו ולע"ע) הרי דאפי' לס' המבי"ט החמיר בספק מל"ת וא"כ יאמר האומר גם בכ"ד הכי · אבל באמת ליתא כלל · ואדרבה מדברי הפ"מ איכא ראיה גמורה לנ"ד דהתם עיקר העדות שיש הרוגים בדרך היא עצמה היתה מגוי שאנו מסופקי' בו אי הוי מל"ת או לא · וא"כ אם נניח דאינו מל"ת ליכא עדות כלל · משא"כ בכ"ד דאיכא עדות הא' לכ"ע דהיא מל"ת גמור דנמצאו הרוגים בדרך ומאי דאספקא לן בעדות זו אי הוי מל"ת · הא ודאי כיון דהוייא דרבנן מכח העדות הא' שוב אי איכא ספיקא או פלוגתא דרבוותא אזלינן לקולא ובדברים ברורים · ועם כי בתשו' זו כתב הרב חדא דהאי דהמבי"ט קולא יתירה מ"מ הרואה יראה שבתשו' להרב בח"ב סי' ח וסי' כ"ן שהם אחרונות לזו בתשו' הביא תשו' המבי"ט לסמוך עלה שכבר יצא הנעלם מאיסור דאורייתא שיש להתיר בעדות הב' אף אי הוי ספק נשאל ולא הוי מסל"ת · כיון דהוי ספיקא דרבנן ולקולא יעש"ב · וכ"ש לפי מש"ל כי מלבד ס' המבי"ט יצאה מאיסור תורה עפ"י סברת מהרמב"ח בתשו' משום דכבר עברו יב"ח דהא ודאי אית לן להקל בספק נשאל כיון דהוי ספיקא דרבנן ולקולא · גם הרב כרם שלמה בתשו' סימן ו' הביא מ"ש המבי"ט והפ"מ בח"ב סימן ח' שהבאנו · ולמד מינה לנ"ד ונדולה מזאת ראיתי בתשו' חסד לאברהם א"ה סי' ו' ד"ל ריש ע"ד שכ' וז"ל ונדולה מזאת הביא הרב כ"ש סי' כ"ד דס"ה ע"א סברת המבי"ט דסבר דהיכא דהאיסור הוא מדרבנן מהני עדות גוי אפי' ע"י שאלה ממש וכו' וכבר כתב שם הרב כ"ש דלא לייחינן ליה להמבי"ט בזה וכו' אבל בשבוא ספק נשאל גם איהו ז"ל מודה · וגם מהרמב"ח בס' נו"ר סי' ז' דל"ב ע"ב וב' ובסי' ח' דל"ה ע"א כתב דביצאה מאיסור תורה יש להקל בפשיטות בספק נשאל וכו' עכ"ל הרי דאפי' בודאי נשאל יש מי שסובר דביצאה מאיסור תורה יש להקל והיכא דהוי ספק רובא דרובא הכי מתירים וא"כ פשיטא דיש להקל בכ"ד · גם ראה אנכי להרב פ"מ שם א"ה סימן נ"ן דקכ"ב ע"ב שהביא מה שנסתפק הרב מהר"ח אלגאזי ז"ל בכ"ד וה"ל דכיון דכשהגיד הערל לס"ר ברוך לווית הגיד לו מה שעבר בינו לבין הדיין · כי זאת היתה כונתו לבד לא להודיעו ממיתת היהודים וכיון שכן שבתוך דברי הערל לס"ר ברוך בא כי ע"י שאלה השיב לדיין הפשר דעדות זה מזייף מתוכו מקרי ולאו מל"ת הוא זה. ברם אם לא היה כי אם מטעם זה אין רוח חכמים נוחה להחמיר עכ"ל · הנה נראה כי הספק של כ"ד הוא עצמו מה שנסתפק מהר"ח אלגאזי בנדונו דהיינו שהגוי שמל"ת הוא מגיד מה שעבר בינו ובין השר יר"ה · כי השר שאל אותו לחקור ולדרוש על הדבר וא"כ ע"י שאלה השיב אל השר והוי מזייף מתוכו ועכ"ז כתב הרב פ"מ דמטעם זה לבד אין רוח חכמים נוחה להחמיר וה"ה בכ"ד

אלא דלדידי הדבר קשה שהרי הרב ז"ל בתשו' תשו' זו הביא דברי מהרי"ו בתשו' סימן ק"ן שכתבנו לעיל שכיון שאמר שהשר בקש אותו לחקור ולדרוש אי ההרוג הוי כמו איש חבירינו דלא הוי מל"ת עכ"ד · ואם נאמר דס"ל להרב פ"מ דנ"ד דמהרי"ו איירי בידעינן בבירור שהשר שאל לו לחקור על הענין וג"או מפיו אנו חיין שהוא מגיד שהשר שאל לו משא"כ בספיקו של הר' שהוא הוא המודיע לנו שהשר שאלו מסו"ה תפסינן לקולא · הא ליתא שמדקדוק דברי מהרי"ו שכתב שכיון שאמר השר בקש אותו לחקור וכו' מת"ש כיון שאמר וכו מוכח בבירור שאין לנו ידיעה מבחוץ · אלא שהוא אמר שכן עבר הענין בינו ובין השר עוד קשיא לי עמ"ש עוד הרב פ"מ שם וז"ל ומה גם לדידי יש כאן ספק אחר דאף שיתברר בעדות ס"ר ברוך דכששמע הדברים מפי הגוי במסל"ת היו ובאופן המועיל עדין לע"ד לא יצאנו מידי ספק וחששא דמהריב"ל בח"ג סי' ע"ג שנסתפק היכא דמעיקרא אתא ונתכוון להעיד אף על גב דאחר ימים השיח לפ"ת דלא ליהני · הכא נמי כיון שדברי הגוי לה"ר ברוך היה אחרי אשר הגיד הדברי' לשופט ע"י שאלה כנז' אף דנימא דדבריו שאינו קודם לשופט היו ע"י שאלה אתאן לספק דמהריב"ל ואף שיש מקום לחלק מנדון מהריב"ל דסימן ע"ג הנז' דמיירי בגוי שנתכוון להעיד ואחר ימים הסיח לפי תומו אפשר דליכא לדמויי לנ"ד על כ"ז אחילוקי קלישי לא סמכינן עכ"ל · ואני אומר אחר שראה ראה שפ"מ דבריו של מהרי"ו הנז' מה מקו' לדברו' הללו שכתב הרב הכא שהרי כ"ד דמהרי"ו. שבא הגוי והסיח לפי תומו שהשר בקש אותו לחקור ולדרוש על ההרוג והוא פעל ועשה שראה להרוג ואעפי"כ כתב הרב דאף שהוא מגיד כעת דבריו במל"ת מ"מ כיון שהוא הגיד שעיקר הדבר היה היה ע"י שאלת השופט הוי כמו איש חבירינו · ולכן אף שכעת הוא מגיד הדברים לפי תומו לא מהני ולא מידי דשאלת השופט שהיתה מעיקרא מגרע קא גרעא להסחה דהשתא אף שהוא ל"ת וכן מורים דבריו של מהרי"ו · ואם הוא ז"ל תפ' דברי מהרי"ו באופן אחר לכל הפחות היה לו להביא דברי מהרי"ו הכא ולבאר החילוק שבין ספיקו לספיקו של מהרי"ו גם מה שהביא מתשו' מהריב"ל ח"ג סי' ע"ג ורצה לחלק ונראה שכונתו לומר

דאינו

דאינו רוצה מתכוין להעיד ואחר ימים הסיח ל"ת
דסברא הוא דלא ליהני למי שאמר תחלה על ידי
שאלה ואחר ימים הסיח ל"ת דאפשר דמהני שאין
אנו רואים שיש לו כונה בזה אלא דתחלת מעשה
שהיה שבאו הדברים ע"י שאלה ואח"כ יש מקום
לומר שבא הדבר במקרה דהגיד ל"ת וסברא הוא
דיש להאמינו שהרי אינו מתכוין לכך ולא הוכיח
תחלתו על סופו משא"כ כמתכוין תחלה להעיד
ומהכרעה דהשתמיטתיה להרב ז"ל תשו' מהריב"ל
דח"א כלל א' ס"ס ט' שגם מבואר דס"ל למהריב"ל
דכל שבאו דברי הגוי בתחלה ע"י שאלה אף שהגיד
אח"כ לעד אחר לפ"ת לא מהני דלא מקרי זה
מל"ת יעו"ש ואדרבה נראה שם דלאו כמסתפק
אמרה למילתיה יעו"ש ׃

ואיך שיהיה מ"מ הרפ"ת שם דיש טעם מספיק
להתיר מכח ס"ס ׃ ס' אי הלכה כתס"ד
דס"ל דשאלה דגוי לא מפקא מידי מל"ת ׃ אי הל'
כחולקים ׃ ואת"ל הלכה כחולקים עדיין איכא ס'
אחריתא דדילמא מה שסיפר אח"כ לס"ר כיון כמל"ת
מהני ואין דבריו שאמר בתחלה לשופט על ידי שאלה
מזיקין למ"ש אח"כ כמל"ת דמהריב"ל לא פסיקא
ליה מלתא אלא מספקא ליה א"כ מידי ס"ס לא
יצאנו עכ"ל ולדידי לא ניחא לי דככר כתבתי דמתשו'
מהרי"ו תרווייהו פשיטא ליה הן דשאלת השופט
מזקת היא עצמה וכס' הר"ן ועוד מוכח דס"ל דהגם
שהוא כעת מגיד כמל"ת כיון שאמר לנו שהשופט שאלו
הקרע ולא הוי מל"ת וספיקו של מהריב"ל לשוא כמעט
מתברר מדברי מהרי"ו וכמ"ש וכ"ש שיש מקום
לומר דשאלת השופט שאני משאר שאלת הגוי לגוי
וכמ"ש הבית שמואל והשע"כ אין כלע"ד להתיר מכח
ס"ס שעשה הרב ז"ל קאמנם עכ"פ לא יכלה מהיותו
ספק מל"ת ׃ דהרי אנו רואין פלוגתא אי שאלת
גוי מזקת או לאו ועוד ראינו מאן דס"ל דדעת הר"ן
ומהרי"ו להקל ׃ ושאני ככ"ר שהזכיר שם ישראל או
שהיה בפני ישראל כמ"ש מהרח"ש ומהר"י אלפנדרי
ואם כן מידי ס' לא נפקא וא"כ ניחזי אנן היכא
שהדבר ספק כמל"ת אי תפסינן לקולא או להחמיר
והנה בתשו' למהרא"נ"ח דקי"ז סוף ע"א כתב וז"ל
ובעדות שנויה יש להסתפק אם היא נחשבת מסיחה
לפ"ת אי לאו ובספק זה אפשר לנו לנטו' להקל
יותר כיון שהספק אינו בתחלת העדות ׃ מלבד הכלל
שבידינו דבעגונא דאתתא אקילו בסוף העדו' עכ"ל
גם בדק"ח כ"כ יעו"ש וכן ראיתי להרב בעל סדר
אליהו רבא בקונטריס עגונה דף ט' ואילך שהקדק
משם כמה פוסקים דס"ל כסברת מהרא"נ"ח להקל
וגם הביא לנגד זה להקת הפוסקים דס"ל להחמיר
בס' מסל"ת יעו"ש והרב שם תמה על מאן דס"ל
להחמיר דהא אין זה בגוף העדות דראוי להחמי'
אלא במעידים ולבסוף ייסב יעו"ש בדי"כ ׃ ותמהה
כיון דאפי' באיסור תורה הויא פלוגתא בס' מל"ת
אי להחמיר אי להקל פשיטא דבשאלה מאיסור
תורה תלינן להקל אליבא דכ"ע ומה גם דיש ויש כמה
הוכחות דהאיש הנטבע הוא הוא שמת ואין עוד
מלבדו שהרי מצאו סוסו וכליו וטליתו ותפלין שלו
וסידור של תפלה אשר הוא כתוב על שמו וגם
כאותו פ"ק וכאותו יוקים שנטבע מלאו הרוג ׃
הגם דנימא שלא הכירוהו מ"מ יש להקל ואפילו
כורתי נשאל ומכ"ש בספק נשאל ׃ ודבר זה מפורש
יוצא בכמה וכמה תשו' מהפוס' ׃ הלא תראה להרב
משאת בנימין בתשו' סי' ס"ח שהאריך הרב ז"ל
והורף דבריו שכל שאינו מתכוין להתיר ולא להעיד
והכא קחזינן קושטא דמלתא ע"י אומדנות והוכחות
שמת שאיש ההוא שרינן להשתו להנשא לכתחלה
אפילו בנשאל ממש ולא חיישינן לשיקרא אף על גב
דליכא מל"ת יעו"ש ׃ גם הרב מהר"ם מלובלין בתשו'
סי' ק"ל שהאריך להוכיח כדבריו הרב מ"כ יעו"ש
שנסמכו מתשו' מהרי"קו בשורש קכ"א שכתב וז"ל
ועוד יש כאן הרבה הוכחות שהוא הוא שראו
היהודים שנמצא חלל כאותו דרך וגו' ׃ וגם נמצא
כליו וספריו ודמי לזה מקלו וזה וכו' ע"כ ובתבו
ז"ל דפא ורא"י ה"ה לומר שכונת מהרי"קו היתה
לסמוך ולהתיר על אלו ההוכחות לבד אלא שכוונתו
לומר שאף את"ל שמתמה שאלו את הרולת והורג
לא נחשב מסל"ת מ"מ כיון שיש לצרף לזה עוד
הוכחות הנה נעשה כמל"ת גמור ׃ יע"ש גם הרב
בסדר"ר בקונ' דף ז' ע"ג הביא תשו' דסמכי"ע
ח"א סי' קל"ה וכתב שגם היות דהך מלתא שתפס
הרב ז"ל קולא יתירה ומדקדוק דברי כל האחרונים
נראה שהם חלוקים עליו וכמ"ש הפ"ת מ"מ לא
נכחד דכל כה"ג הוכחה גדולה היא אלא שאין לסמוך
להתיר על דא לחוד הלא תראה למהרי"ו סימן
ע"ט שהתיר על סמך צירוף הוכחות ׃ ואחד מהם
היא מה שהיה אותו היהודי כורתי על אותו הדרך
שנמצא ההרוג גם מהרי"ק שו' קכ"א כ' וז"ל ועוד שיש
כאן הרבה הוכחות שהוא הוא שראו היהודים ׃
שנמצא חלל כאותו דרך וכו' יע"ש באופן דסאי
הוכחה שנמצא הרוג באותו דרך הוכחה גדולה היא
עכ"ל וכ"ש היכא דאיכא עוד הוכחות כיון שנמצאו
כל בגדיו וטליתו וסדור שכתוב על שמו וכ"כ הרב
ברכ שלמה סי' א' דל"ח ע"א וז"ל איברא דאעפ"י
שכתבנו דכל שאלה מזקת אפילו מפי גוי לחברים
ולא מקרי מל"ת מ"מ היכא דאיכא הוכחות ואמתלאות
גדולות יותר מהקיא דפונדקית דהוציאה מקלו
ותרמילו כגון מקלו ותרמילו ודבר אחר ידוע' דמהני
אפילו שהגוי המסיח השיב על ידי שאלה וכמ"ש
מהרי"ו בתשו' סי' פ"ח וכ"כ התס"ד בתשו' סי'
קל"ט וכן סבר וקביל הפ"ת ח"א סי' ב"ן וכ"כ בסי'
כ"ח וז"ל אמנם סלד השום מכל הגדולים היכא
דמוכחי הדברים אין שאלה דגוי מזקת וכו' והדין
דין אמת והכי נקטינן עכ"ל וכ"כ הרב חסד לאברה'
בתשו' סי' ו' דכ"ט ע"ד ואילך באורך דאפי' כורתי
נשאל היכא דאיכא הוכחות יש להקל ע"ש שהביא
כמה וכמה מגדולי האחרונים דסברי הכי ומכ"ש
היכא שהוא ספק נשאל ובתוך דבריו כתב וז"ל וגם
מהר"ם כ"ח בס' נו"ר סי' ז' וח' פסק כן וע"ש ׃
כדל"ה דבנדונו לא היה הוכחה של מוהרי"ק דנמצאו
כליו וספריו וכתב דבנדונו יש הוכחה גדו' שנמצא
הרוג כאותו דרך אין אנו מסניחין אם לא נמצא
בנ"ד גם ההוכחה הקטנה דכליו וספריו ומוהרי"ק
לא הזכיר ההוכחה דכליו וספריו אלא משום דנמצא
בנדון שלו לאפושי ההוכחות יע"ש והשתא כפי כל
האמור בנ"ד אפי' אם היה נשאל ממש הוה שריא הך
איתתא לאנסבא אף לכתחי' בכח האומדנות דאיכא
בנ"ד דדמי להוכחו' של המ"כ וכו' יע"ש עכ"ד ומינה
דבנ"ד

דכנ"ד דהוי ספק כשו ואיכא הוכחו' דנמלא הרוג כאותו דרך וכליו וספריו וטליתו ותפלין וסידורו דיש להקל אליבא דכ"ע וכ"ש וק"ו שכבר ילאה מאיסור תורה ע"י עדות הא' פשיטא דיש להקל וקל"מ ׃

מעתה אשובה אראה מה שיש להסתפק עוד בעדות זו והוא שאם נניח שהיא הרוג בינשם הרי קי"ל דבעינן שיאה תוך שלשה ימים דלאחר ג' ימים אינו ניכר עוד וכמו שהוא מוסכם מהש"ס ופסקו מרן סי' י"ז סכ"ו וז"ל אין מעידין עליו אא"כ מלאוהו תוך ג' ימים אחר הריגתו או אחר מיתתו אבל אחר ג' ימים אין מעידין עליו מפני שפרלוף פניו משתנה כד"א בזמן שהוא ביבשה אבל אם טבע במים והשליכוהו במים ליבשה אפי' אחר כמה ימים אם הכירוהו מעידין עליו שאינו משתנה במים אלא אחר זמן מרובה והוא שראוהו מיד אחר שהעלוהו מן המים אבל אם שהה אחר שהושלך מן המים אין מעידין עליו וכו' עכ"ל מרן ז"ל והנה בנ"ד כנראה שהדבר בספק אם הוא נטבע והושלך מהמים או תם הוא הרוג על שפת הנהר ואשע"כ יש לדון ממ"נ אם הוא הרוג הרי בעינן שיעידו תוך ג' ימים והא ליכא בנ"ד עדות שראוהו תוך ג' ימים והדרבא היותר נראה דהוי אחר ג' ימים דהרי ניכר מתוך הענין שמשאבד ונתעלם הר' עזרא עד שוב הקוזא"ק שהיו עמו אלל השר וחזרו שם והקי"ל אנהאנ"י שהוא המשל"ח לפני העד הר"י משען ודאי מסתמא יש יותר ויותר מג' ימים ובפרט שמבואר בדברי הגוי המגיד שחפשו עליו כמו ט"ו שעות עד שמלאוהו הרי בודאי שעברו יותר מג' ימים וא"כ אין הכרתם הכרה שהרי אחר ג' ימים משתנה הפרלוף ואם נאמר שהוא נשטף במים הא בעינן דחזיוה בשעתיה וליכא שהרי לא הגיד שהעלוהו מן המים ולא חזיוה בשעתיה ׃

והנה ממאי דאמרינן דניכר מתוך הענין שראוהו לאחר ג' ימים ראיתי בתשו' למהרי"ט ח"ב סי' ל"ה דמ"ת סע"ד שכתב וז"ל מה שחפשו כפשיטו' בשאלה שהדבר בריא שהיה לאחר ג' ימים לפי שיום ו' לא בא לתנות כמנהג וגם כי ביום השבת לא יצא לדרך אין זה בריא שעדיין יש להסתפק שיום שבת הרגוהו ומה שלא בא יום הו' לשוק אולי מקרה הוא ושמא תפשוהו ואסרוהו וביום השבת הרגוהו א"כ ביום ו' פגע ברודפים וברח מיד אל השער ויום שבת מלאוהו והרגוהו או שמא ביום ו' מחו ליה בגירא או ברומחא ולא מת עד יום שבת עכ"ל גם בתשו' להר"י פינטו ז"ל והיא לו' נדפס"ה בהאספות שבש"ס יד אהרן סי' ג' ד"ג ע"א כתב וז"ל ועוד דאיכא למימר הכא ולומר שאעפ"י שנתעלם זה ימים חמשה שמא לא נהרג בו ביום אלא עברו ג' ימים מיום שנתעלם עד שהרגוהו וכשראוהו הגוי גם בשהעיד לישראל היה בתוך ג' להריגתו דלעולם חלינן להקל בעד השומע מאי דאפשר למיתלי כדי להתירה עכ"ל ׃ גם בתשו' מהר"ש ויטל ז"ל הביאה אחיו השו' זאת הבית האי תשו' דהרו"ף להקל בנ"ד יעי"ש אכן מ"מ ערין הדבר תלוי בפלוגתא שהביא מרן ז"ל בשכ"ז וז"ל מלאוהו הרוג ומכירין אותו בטביעות עין ואין יודעין מתי נהרג י"א שתולין שנהרג תוך ג' ימים ומעידין עליו ויש אוסרין עכ"ל והנה נודע דכל לגבי דידן שקיבלנו הוראות מרן ז"ל וקבלה בידינו שדעת מרן לומר דסברא שהביא באחרונה הוא העיקר אם כן קי"ל כהאוסרין דאדרבא תולין להחמיר שכבר עברו שלשה ימים עליו ואין מעידין ואף שסיים מרן וז"ל ומיהו אם ילא קול איש פ' מת או נהרג ואחר שלשה ימים מלאוהו מת והכירוהו אשתו מותרת לדברי הכל ע"כ ומשמע לכאורה דאפילו לסברת האוסרין מותרת כשילא הקול מ"מ ככר כתבו רוב האחרונים דאסברא קמייתא קאי וע"ש כפל כדברי מרן ול"ל אשתו מותרת לדברי התוספ' עיין בח"מ ובב"ש ואם כן חזר הדבר דלדידן סברא אחרונה עיקר והנה שכתב מרן סב"ח וז"ל י"א בשם ר"ח דהא דאין מעידין עליו אלא עד שלשה ימים ה"מ כשהוא חבול בפניו אבל אם אינו חבול בפניו מעידין עליו אפילו אחר כמה ימים בטביעות עין של גופו ולורתו ע"כ ובנ"ד הרי מתוך העדות נראה שאינו חבול בפניו שהרי לא פירטו לומר בעדותם כי אם החיות אכלו משוקיו ועגבותיו ׃ דמשמע שבאר הגוף פלט ואינו חבול מ"מ הא נמי קשיא שכתב עלה מרן ז"ל ואינו מחוור בעיני האחרונים ע"כ הרי דלא הסכימה דעת מרן לפסוק כר"ח אלא כבתראי ואם כן מי שם פה להקל הפך הסכמת מרן ז"ל ׃

ובאמת דאנן קחזינן רבים ועלומים מגדולי הראשונים והאחרונים שסקלו כבולא בנ"ד מכח ס"ס שעשו והוא ס' אשתהי שלשה ימים ואת"ל דאשתהי ספק אי קי"ל כר"ח דס"ל דכל שגופו שלם מעידין עליו אפי' אחר כמה ימים עיין מהרשד"ם אה"ע סימן ל"הו נ"ו ומהר"ם בתש' סימן ה' וינ"ד ובקונ' ד"ן ע"א הא ניחא לדידהו דלא קבלו עליהם הוראת איזה פוסק להקל או להחמיר משא"כ אנן דקבלנו סברת מרן ז"ל בין להקל בין להחמיר לדידן לא חשיב לן ס"ס ׃ וכן ראיתי שעמד בזה הרב אורים גדולים ריש לימוד קנ"ז וז"ל אין לנו לסמוך על אופני הס"ס הנז' גם את הא' גם את השני להיות דאנן בתרים דמרן דפסק בש"ע דחיישינן לשאלה ואף אם דבריו מוקשים מהאחרונים אנן בא"י נגררנא אבתריה דמר וקבלנו פסקיו כהלכה למשה מסיני אין בנו כח לומר ס' אם הלכה כמ"ד דלא חיישינן לשאלה דהרי גמר אומר דאין לסמוך על דבריהם וכו' עכ"ל ואף אנן נאמר בש"ס דידן כיון דמדברי מרן נראה דלא ס"ל כר"ח היאך אמרינן ספק הלכה כר"ח דבגופו שלם מעידין אפי' אחר כמה ימים דלגבי דידן פשיטא דלא קי"ל הכי וכן אתה מולא להר' בנה"ג בחי"ד סי' ק"ס בהגב"י אות ס"ב ובתשו' בעי חיי י"ד סי' ק"ז וק"ס גם בתשו' הרב מעיל שמואל סי' ז' דס"ל דאין לעשות ס"ס נגד פסק מרן ז"ל וזו היא שקשה לי על מוה"ר מהרש"ל ז"ל בתשו' הנז"ל שהתיר בנ"ד מכח ס"ס שכתב הפוסקים הנז' דהיינו ס' אשתהי אי לא ׃ ואת"ל דאשתהי ס' אי הלכה כר"ח דבגוף שלם מעידין אפילו אחר כמה ימים ולא זכר שר דלדידן שקבלנו דעת מרן לית לן למעבר כי האי ס"ס האמנם דאיתי כי שכרה זו עלמה אוכנה מוסכמת כי

דעת

דעת הרב מהר"ש גאון' בתשו' כי באה בתשו' בעי חיי י"ד סי' ק"ו לעשות ס"ס אפי' נגד דעת מרן וכן הוא דעת הרב בית דוד י"ד סי' ו' וכן הוא דעת הרב דבר משה ח"ג חי"ד סי' ב' שהביא דברי הרב כנה"ג וחלק עליו יע"ש וכן אתה רואה להרכנה"ג עצמו בתשו' חי"ד סי' ס"ג שעשה ס"ס נגד דעת מרן וכבר תמה עליו הרב חק"ל י"ד ח"א סי' קכ"ז · ומעתה כיון דהיא גופה הויא פלוגתא אפשר דשפיר איכא למעבד ס"ס כי האי גוונא דהיינו ספק אי אשתהי אי לא ואם תמצא לומר אשתהי ס' אי קי"ל כר"ת וכדעת מאן דס"ל דעבדינן ס"ס כהכה"ג ·

ועוד נראה ברור דבכה"ג דחזינן דעת מרן ז"ל בתשובה סי' ו' שכתב וז"ל ועוד אפילו לאחר ג' ימים כיון דמשמע מדבריו הגוי שהיה גופם שלם ויכול להעיד עליהם אפילו לאחר כמה ימים לדעת ר"ת וכן הסכים מוהר"ר עזריאל וכן כתב מהר"ש בתשובה בשם ר"ת וכתב מוהרי"ק דאפילו לדברי החולקים וכו' וכ"כ דמשמע שהיה כל גופם שלם וגם לא היו נחבלים בפניו שהרי לא אמר הגוי כן אפילו אם לא ראה אותם אחר כמה ימים שרי עכ"ל · הרי דבתשובה סמך על ר"ת ולא עוד אלא כי גם בשלחנו הטהור לא דחה סברת ר"ת מהלכה אלא שכתב עלה ואינו מחוור בעיני האחרונים וכתבו הח"מ והב"ש דלא נדחו דבריו לגמרי אלא דמצטרפים להקל יע"ש וכ"כ בתשו' שהביא הרב ח"מ ס"ק כ"ה וז"ל נראה פשוט דיצא הטור הכנוי על דעת הרא"ש כל שמכירין אותו בטביעות עינא וגופו שלם מעידין עליו ולא בעי להאחר וכו' הוא על פי דעת התוס' ור"ת שכל שהוא שלם מכירין אותו אפילו לאחר כמה ימים וכן כתב מוהריק"ו בתשו' סי' קכ"א מאחר דבתראי מסכימים לדעת ר"ת כדאי הם לסמוך עליהם אפי' שלא בשעת הדחק · גם הרב מוהריב"ל ח"א סי' ו' כתב מיהו כד דייקינן שפיר אשכחנא דרוב מן הפוסקים כגון אחר שב"ת ר"ת ס"ה מהר"ם והרא"ש והטור והרי"ו גם הרא"ם סי' ט"ל פסק כדברי ר"ת בשם ר"י גאון · גם הרב ב"י אף שבש"ע כתב ע"ד ר"ת שאינו מחוור מ"מ בתשובה פסק למעשה כדברי ר"ת גם בספר שארית יוסף כתב ג"כ דברי ר"ת להלכה ולמעשה וכו' יע"ש אשר על כן מקום יש בראש לעשות ס"ס אליבא דכ"ע ועיין במהר"ם בקונטרים עיגונא דף מ"ד ע"א וע"ג שהביא ס' הפוסקים והסכים כן להלכה ולמעשה ע"ש גם בס' יד אהרן ח"א הגהב"י אות חקל"ד כתב היכא שמצאוהו שלם ולא נודע אם היה תוך שלשה ימים או לאו וגופו שלם ולא נחבל בפנים לכ"ע מעידים מטעם ס"ס מהרשד"ם וכו' ע"ש שאסף רבים ועצומים ראשונים ואחרונים שהתירו ע"ש · ועיין גם כן באות חקל"ט ובאות ת"ר :

האמנם עכ"ז לבי נוקפי להתיר שהדבר מסופק אם הוא ביבשה נהרג או שטבע במים כנראה ממרוצת העדו' והנה ראיתי למהריק"ש בהגהותיו על הב"י שכתב וז"ל ואם הדבר ספק אם נמצא בים או ביבשה ואם תמצא לומר ביבשה שמא לא אשתהי יש להתיר ועיין רשד"ם סי' שכ"ב

עכ"ל · עכ"ז שהדברים מראים ברובא דרובא שנטבע בנהר שבקירוב בא אלינו כתב מיזורי א' שבלורקייא שסיפר ע"ז בענין שהקוזאקים שהיו עם זה עזרא שאנו דנים עליו שהיה הולך עמהם וכשסוברים שהוא מהלך אחריהם לא השגיחו עליו עד שעבר כמו שעה אחת שהשגיחו עליו ולא ראוהו וחזרו לאחוריהם כדי לראותו ובקשוהו ולא מצאוהו והבינו בדעתם שנטבע בנהר וחזרו אצל המושל של לארקים וסיפרו לו המאורע ושלח לבני הכפרים שירדו לשוט בנהר כדי שימצאוהו וירדו משוטים בנהר ולא מצאו כי אם המגבעת שעל ראשו דוקא וא"ר הכתב · הנה נראים הדברים שנטבע בנהר · דאל"כ מהיכא תיתי המגבעת אל תוך הנהר · אלא ודאי שנטבע ולבסוף פלטו הנהר אל שפתו וכמו שמוזכר בתוך העדות של הר"י משען שאמר הגוי המגיד שהמג"א על"ה שפ"ק אל בס"ר ה"ל ראינוהו על שפת הנהר ומעתה · לפי הנראה שצריכה רבה להתירה לאשה אחת דמלכה שאני דומה דברי מהר"מ בקונ' דמ"ה והולך שהאריך · להוכיח מדברי הפוסקים דס"ל דבעינן שיראוהו תכף בעלייתו ושלא ישהה כלל וכן מוכיח דברי מרן בש"ע שכתב והוא שיראוהו · מיד אחר שהעלוהו מן המים · וכבר האריך בזה מופת דורינו הרב חק"ל בתשו' אה"ע סי' י"ב ותמה על הח"מ והב"ש שפי' בדברי מרן דהיינו ישהה יותר משעה וכדעת הרמב"ם וסייעתו והדרכא ששברם לו' שדעת מרן כהרי"ף והרא"ש כהכרעתו הנודעת יע"ש שהאריך להוכיח מדברי הראשונים דסברי הכי וכתב דלא ראה מקום להקל שהרי רוב הראשונים והכרעת מרן ומורם שלא הניח עליו הוא להחמיר ומי יקל בדבר ערוה נגד דעתם עכ"ל · אלא שאם נניח כמונח בדעת גדולי הפוסקים האחרונים' שכולם תפסו במושלם דאם ראוהו בתוך שעה מהני ולא בעינן שיראוהו מיד בעלותו וכמו שיראה הרואה בתשו' כמה מגדולי האחרונים : שהרי מהר"ם ז"ל אף שנראה מדבריו בקו' דדעתו נוטה להחמיר בסתם לשון של הרי"ף והרא"ש ומרן עכ"ז ראינו בתשו' סי' מ"ה וסי' כ"ט ושאר מקומות שלמעשה תופס לעיקר דלא בעינן מיד אפ"ה עדיין הדבר קשה שהרי אף הפוסקים שמקילים ביבשה היכא דלא ידעינן אם הוא תוך ג' ימים אם לאו מחמירין באשתהי דיש וכמ"ש הר"ן בתשו' סי' ע"א וז"ל בנדון זה כיון שזה שער לא בעיר דחזיוה בשעתיה אין להתיר אשה זו שאעפ"י שנחלקו קצת מפרשים בהא דתנן אין מעידין אלא עד ג' בשמתא מאי דינית שהתוס' כתבו שיכול להיות דהכא דאין ידוע מתי נהרג אין לתלותו אלא תוך ג' מסתברא לי שאינו ענין לכ"ד דה"ת לשיעור ג' דמשמע אי לאחר ג"י כבר היה ניכר לעין ויותר קרוב לתלות לתוך ג' מלאחר ג' אבל בנפלט מן הים שאין שיעורו אלא שעה א' בלבד מן הסתם אין לתלותו שהוא תוך שעה שנפלט ראוהו שיותר מצוי ששהה יותר משעה א' עכ"ל וכתב מהר"ם בקונ' דף מ"ה ע"א שאף שמדברי הרא"ש יראה שאינו מחלק החילוק של הר"ן מ"מ ורא"ם שלא ראה דברי הר"ן וכתב שם דדעת הרשב"א והריב"ש כדעת הר"ן ומי יקל את ראשו נגד הפוס' האדירים הללו וכ"כ בתשובה שבס' ח"מ שכתבנו למעלה

למעלה שאחר שהביא דעת הפוס' המקילין בס' אשתהי ביבשה כתב אך ראיתי חכל נביאים הרשב"א והר"ן והריטב"א וכו' ומי ירים ראש להקל וכו' עכ"ל וכן ראיתי להרב מהר"י הלוי אחיו של הט"ז ז"ל בתשו' סי' י"ב על דוד בר אשר שמצאוהו על חוף הים שהה אנשים והכירוהו בט"ע והחמיר הרב ז"ל משום דלא חזיוה בשעתיה יעו"ש · וכ"כ בתשובה מהרש"ם סי' ו' דקי"ג ע"א וז"ל ועוד דהך סברא שכל דגופו שלם לא בעי לאלתר מיעוטא דמיעוטא היא נגד כמה רבוותא קמאי ובתראי רבו מלספור דס"ל דאף בגופו שלם בעינן לאלתר עכ"ל · וכן דעת הרב מהרא"ד"כ בתשו' ס"ס ל"ה להחמיר יעו"ש

איברא דיש קלא להקל עפ"י ס' הרא"ש בשם ר"י דס"ל דבראה העד הטביעה בעינן דחזיוה לאלתר וסימנים אבל אם לא ראו שטביעה לא בעי לאלתר ולא סימנים רק בט"ע שני · וגם מ"ש הרא"ש בשם רבינו חננאל והוא כשאין גופו שלם קרתי בעינן לאלתר וסימנים אפי' בלא ראה הטביעה אבל כשגופו שלם לא בעי לא לאלתר ולא סימנים כאשר יראה המעיין כ"ז בדברי הרא"ש והטור יעו"ש · ומעתה בנ"ד דלא ראו הטביעה וגם גופו שלם דהוו תרתי לטיבותא שן לר"י ובין לר"ח איתתא שרייא והגם דבא מפורש בקבלת העדות שאכלו החיות מירכו ועגבותיו אין זה מעכב דאכתי גופו שלם מיקרי וכמ"ש מרן ז"ל בתשובה מדיני מסל"ת סי"ו ומהרש"ך ח"א סי' קפ"ג ובתשובה פ"מ ח"א דקס"א הביאם הי"א ח"א הגה"ט אות קל"ח וחקמ"ר יעו"ש וכיון דגופו שלם ולא ראו הטביעה יש להתיר · והגם דכל חדא וחדא מהני טעמי אין לסמוך עליו להתיר דרובא פליגי עלה מ"מ בצירוף שניהם יש להקל ולהתיר וכמו שראיתי רבים מהאחרונים שסמכו ע"ז להתיר היכא דאיכא תרתי לטיבותא ומכח ס"ס ס' אי אשתהי ס' לא אשתהי אלא דחזיוה לאלתר ואת"ל אשתהי דילמא קי"ל כמ"ד דבלא ראו הטביעה ובגוף שלם לא בעי אשתהי · וגם דהוי מתהפך בכה"ג ס' אם לא ראה הטביעה וגופו שלם אי בעינן דליחזיוה בשעתיה או לאו ואת"ל דגם בלא ראו הטביעה וגופו שלם בעינן נמי דליחזיוה בשעתיה אפשר דדילמא בהמת לא אשתהי וחזיוה בשעתיה ולאו דוקא לס' הפוס' דס"ל דבתוך שעה מהני אלא אפי' מאן דבעי שיראוהו לאלתר ואפי' אם עבר פחות משעה לא מהני וכמש"ל הכתי מרי ספקא לא נפקא דאפשר דחזיוה לאלתר תכף בעלותו וכמו שראינו למהרח"ש ז"ל שבקו' תפס לעיקר ס' הפו' דס"ל דבעינן דחזיוהו לאלתר ואפ"ה בתשו' סי' ד' וסי' ה' התיר מכח ס"ס ועי"ש סמ"ה וסי' כ"ט · וכן ראיתי להפ"מ ח"א סי' ל"ז וח"ב סי' י"ו ולהרב מהר"א ברודו בתשו' ד"ן אה"ע ס"ס ס"ד יעו"ש · וכן ראיתי להרב בעל נו"ר בכ"י שכתב וז"ל ולענין הלכה נקטי' דבגופו שלם מעידין עליו אפי' לאחר כמה ימים היכא דלא ידעינן אי ראוהו בשעתו ולא ראה הטביעה וכו' עכ"ל · וכן ראיתי להרב פמ"ה בסי' הנז' שכתב משמיה דמהרש"ך ח"א סי' קפ"ג יעו"ש · וכן מתבאר מתשו' הרב משאת בנימין סי' מ"ה יעו"ש גם בתשו' מעיל שמואל סי' כ"ב דמ"ה סע"ב אף בנ"ד דראה הטביעה התיר בס"ס לפי שהיה גופו שלם בהצטרפות עוד טעם אחר יעו"ש ·

ומעתה קשייא לי על הרב חק"ל ז"ל בסימן י"ב די"ט ע"ג וד' שהחמיר מלעשות ס"ס בכיוצא בזה יעו"ש מאחר דכמה מהאחרונים הקילו וכמ"ש גם ק"ל על מהר"י הלוי בתשובה שזכרתי דבנ"ד לא ראו' הטביעה והוא גופו שלם ואעפי"כ החמיר בנ"ד ואולם מאחר דהרבנים הנז' סוף סוף התירו בנדונותיהם כל חד מטעמיה כמו שיעש"כ מש"ה לא דקדקו כ"כ בזה כיון דבלא"ה התירו · אמנם עכ"ז לא מלאני לבי להקל ולהתיר מטעם זה דוקא מכמה טעמי חדא דכו' דכל הנך פוס' שהבאנו שהקילו מכח ס"ס וכאמור אינו אלא לדידהו שלא קבלו עליהם סברת איזה פוסק להקל או להח' שפיר עבדי לעשות ס"ס בכה"ג אך לדידן דקבלנו הוראת מרן ז"ל ואנן קחזינן דמרן ז"ל לא העלה על שולחנו סברת הרא"ש לחלק בין אם ראה הטבי' או לאו משמע דס"ל בבירור דבין ראה ובין לא ראה בעינן חזיוה לאלתר וא"כ לא פש גבן כי אם הסיא דר"ת דבגופו שלם מעידין אפי' אחר כמה ימים דלקלא בו' אפי' בים המרס וסברה זו שוייא מיעוטא לגבי רבים דפליגי עלה · ומה גם בהצטרף דעת מהרי"ט אה"ע סי' ל"א שכתב על האי ס"ס דאמרינן ס' אשתהי ס' לא אשתהי ואת"ל אשתהי דילמא קי"ל כמ"ד דבגוף שלם מעידין אפי' אחר כמה ימים דאין להתיר מטעם זה דכל שאתה מרבה ספקו' וספיקי ספיקו' אינן אלא אחר אם הסברה זו מעלייא או לא ובולא חד ספיקא הוא יעו"ש וכ"ש לסברת מהר"א ירושלמי בתשוב' בי באה בתשו' תומת ישרים סי' קמ"ו דס"ל דבעיגונא דאיתתא לית לן להקל מטעם ס"ס דבולה חדא ספיקא הוא ס' חי ס' מת גם מהרלב"ח ח"א סי' כ"ז כתב דהכל ס' אחד שמא בעלה של זו קיים או אינו קיים גם הרב החבי"ב בתשו' בעי חיי א"ה סי' ז' במשך אתריהם וכתב וז"ל איברא שמדברי של מהריב"ל בס"א ס"ס ו' יש להוכיח דיש להקל בס"ס אפי' בעיגונא דאיתתא ואפי' במקום שנוכל לומר בולא חדא ספיקא וכ"כ בפי' הרשד"ם ח"מ סי' שפ"ב ומוהרי"א סי' י"ד וט"ו ומוה"ר בא"ה סי' נ"כ ול"ס ומהרח"ש בקו' דמ"ד ע"א ומיהו היכא למימר דלא התירו בס"ס אלא מפני שנ"ד הוי איסורא דרבנן דאפי' אימא בולה חדא ספיקא · כדרבנן אזלינן לקולא אבל מהרש"ך ח"א סי' ז' וקפ"ג ומהרא"ם סי' ה' ד' ט"ו ומהרח"ש בתשו' סי' ד' כ"ו כ"ט סמכו להקל בס"ס אפי' באיסור תורה ואפשר דלא ע"ז לבד סמכו יעו"ש עכ"ל הרי דהרב החבי"ב חש לסברת הפו' דלא הקילו בס"ס והסכים סברת הפו' הנראים שמקילים לסברתם ואם כן מי יוכל לדון ולהקל נגד אילן אריותא הנז' · ובהכי עמד לנדונינו ג"כ מאי דאפשר להקל בנ"ד עמ"ש לעיל דלא נמלט בנ"ד מספק אם היה הדבר ביבשה או בים דהגם שבא בקבלת העדות שנמצא על שפת הנהר מכל מקום איכא למימר שלא הושלך לתוכו מעולם אלא כאן נמצא וכאן היה מאז שהרגוהו על שפת הנהר והונח שם ואפשר שלא עבר בנהר כלל ובהכי עבדינן ס"ס גם כן להקל ספק אם הוא ביבשה וסתמא

דמילתא

דמלתא שאלינן שהוא תוך ג"י ובסברת רוב הפוס' ז"ל דפ"ל הכי ושני בט"ע ואח"ל שהדברים בפשטן שנראה שטבע בנהר שמא איכא דלא ראה הטביעה ונופו שלם לא בעינן דחזיוה לאלתר והוי נ"כ ס"ס המתהפך בכה"ג ספק אי קי"ל כלא ראו הטביעה ונופו שלם בעינן חזיוהו לאלתר או לא ואם תמצא לומר דבעי דילמא זה אינו טבוע בנהר דליבעי לאלתר אלא ביבשה וסתמא אלינן בתוך ג"י וכן ראיתי להרב ארעת אליהו בתשובה סי' ח' דנ"א שע"כ שכתב כן יע"ש האמנם כל כמה דאשכחן שהתמידו הפוס' בס"ס וכמש"ל תיוקל דהשובנגד' וכל שכן בהצטרף לזה מ"ש הריב"ש בתשו' סי' שע"ט דהא דבעינן דחזיוה בשעתיה היינו בדשהא שלשה ימים במים לפי שסבר בפשר אלא שלמתוהו המים ומנעוהו מלהשתנות ומיד לאחר שעולה הוא משתנה יע"ש וא"כ בנ"ד שנודע לנו שמעת שנתעלם עד שהלכו והגידו לשר ושלח עמהם אנשים לחפש עליו ובאו וחפשו כמו ט"ו שעות עד שמצאוהו בנו" בק"ע הרי פשיטא דעברו יותר משלשה ימים שנטבע ולפי דעת הריב"ש טפי הוה לן למיזל לחומרא ביה שהכף בעלייתו משתנה משא"כ הם לא שהה במים ג"י ואף שמדברי הרא"ש בתשובה סי' ט"ל נראה דכל שהוא ניכר למעידיו מקיים מעידין אפי' אחר כמה ימים מ"מ אין לסמוך על זה ולהקל כי כבר מהרי"ט ז"ל בתשו' סי' ל"ה תמה עליו גם הרב חק"ל בתשובה בנו' הכריח דלא כהרא"ש יע"ש ועיין בתשו' מהר"ם שלטון בתשו' פ"מ ח"א סי' ל"ז

האמנם עדיין איכא טעמא דחזינן ביה להקל וסמכו עליו רבים מהאחרונים והוא מ"ש מוהריב"ל ח"א סי' כ' וט' דכל שאין העד הא' בפנינו שנוכל לחקור בדבריו וזה שעד השני מעיד עפ"י העד הא' ראוי להקל די"ל דהעד הא' הכירו הכרה מעליא בסימנים וחזייה לאלתר ועשה לה סמוכות מההיא דק"ה סי' דל"ט שכתב כן על עדות מפל"ת מגוי אחר יע"ש ואחריו נמשכו הר"ב האשכנזי סי' כ"א ומהרש"ך ח"א סי' קפ"ג ומהרח"ש בתשו' סי' ד' ו' מ"ה כ"ט והרב שתבי"כ בתשו' בעי חיי סי' ז' והרב פמ"א ח"א סימן ל"ז וח"ב סי' ז"ו ומהרח"ש סי' ח' ע"ש והגם שמהראנ"ח בח"א סי' ס"ה וע"ד ומהרא"ר"ב בסי' ל"ד ומהרימ"ט בסי' ל"א ובח"א סי' לק"ט ומהרשד"ם אה"ע סי' כ"א ומהרח"ש בקונטרים דנ"ה לא הונח להם דברי מוהריב"ל ודחו ראיתו מדברי תה"ד יע"ש גם בספר א"ר בקונ' עיגונא דק"ז ק"ח ק"ט דחה דברי מוהריב"ל יע"ש בתשו' סי' כ' מ"מ עין רואה שאעפ"י כן למעשה סמכו על דבריו להקל שכבר הורה זקן ורבים מהאחרונים הבאים אחריהם סמכו בזה להקל ואף אנן נמי נלך בעקבותיהם ובפרט במקום עיגון

תו יש להקל ממ"ש הר"ב האשכנזי סי' כ"א דלשון על שפת הים אפשר שהוא במקום שגלי הים עוברים עליו והוינו משתנה והביא תשו' דהר"ן מיירי שנמצא ביבשה יע"ש והגם דמהרי"ט בח"כ סי' ל"ג אין דעתו כן יע"ש מ"מ מידי ספיקא לא נפקא שמהרי"ט עצמו לא ברירא ליה כולי האי יע"ש ואם כן שפיר יש להקל ולעשות מזה לסניף עיין ו"א

ח"א הנה"ט אות חפ"ח :

תו יש להקל ממ"ש בנמ"י פי"ג דגירושין דכתבו כמה רבוותא ז"ל דרוקא ישראל המכוין להעיד יש לומר שנתן דעתו להעיד ולהתיר ואמר בדדמי כדבר שהוא להיות הכל כגוי המסיח לפי תומו ואין כונתו לשום דבר לא אמרינן דאמר בדדמי כי הם כאשר ראה יע"ש והרב רב"א שם כת' להקל מטעם זה יע"ש גם הרב פ"מ ח"א סי' ל"ו דכ"ש שע"כ הקל מטעם זה יע"ש גם הרב נו"ר בתשו' כ"ג סי' ה' הקל מטעם זה הביאו הרב יד אהרן הנה"ט אות חפ"ח ע"ש והגם כי לע"ד בנ"ד אין להקל מזה יען כי הוא שליח מאת השר לחקור ולדרוש על האיש הנעלם ואם כן הו"ל בישראל המתכוין להעיד דחיישינן לבדדמי מ"מ לא יהא אלא לסניף :

תו יש להקל והוא טעם בעיקר לע"ד יען שכבר כתבנו והוכחנו לעיל מדברי התבי"ע ומוהרי"ו ומהרמב"ח בתשובה שמלאתי בכ"ו ובעת מלאתי שהי"א הנסב"ג אות תרמ"ט הביא תשובת מהר"ם בן חביב שנדפסה בתשו' נו"ר כ"ג סי"ו שביאר כן יע"ש והגם דלדעת מהרי"ו בעינן סימני כליו וסימני הגוף ואפילו שאינם מובהקים מ"מ בנ"ד שבא בק"ע שבהם מדמשק שאמר הגוי לחבירו שכליו תקחם לנוסר אל שוגל וגם שאמר להם דמותו שהוא איש שמן ופניו רחבים זקנו שחורה ואנו יודעים שכן הוא האיש הנעלם וגם כליו שהוליכם לנוסר אל שואל הם ידועים לאיש הנעלם שהסידור כתוב ע"ש ואמרו שיש כתבים שבאו לו מאחרים שכתובים ע"ש כל כי האי אפשר לבריותי דחיישני להוציאה מאיסור דאורייתא וכיון שיצאה מיבת מאיסור אשת איש דאורייתא ולא נשאר עליה כי אם איסורא דרבנן הא ודאי שיש להקל בכל מיני ספקות שיפלו דהא קי"ל בכל דוכתא ספיקא דרבנן לקולא וכיון דאיכא קמן כמה וכמה ספקות וספקי ספקות דין הוא להקל ובפרט משום עיגונא ובזה ראיתי לכמה מהפוסקים ראשונים ואת אחרונים דכ"ד בספקא מאיסור תורה וקיימא באיסור דרבנן והקלו טובא ובפרט בהאי ספקא דאשתבי כאשר יראה המעיין בתשובת מהרח"ש סי' מ"ה וסי' כ"ט ומהרי"ט ח"א סי' מ"ח ומהרשד"ם בא"ה סי' כ"א והפמ"א ח"ב סי' ך' והרב בעי חיי סי' י"א :

איברא דיש לגמגם בנדון דידן מה שפקפק הרב חק"ל בנ"ד שכתב הלא יש להשיב דלאו שמא מתיא לנ"ד שהרי לא נמצא זה כדרך שהלך בה כי אם על שפת הים דמציאתו על שפת הים יתכן שהביאו הים ממקומות אחרים ממונים שונים ומה שאנו תולים שנפל לדי"ני לנה"ר והנהר הוליכו לים ופלטו כאן על שפת הים אין דבר מוכיחו כאן מורה על האיש הזה דאין רגלים לדבר כלל והרי התבי"ע ומהרי"ו עיקר יסוד האומדנא שעשו שנמצא הרוג בדרך זה ובאותו זמן עכ"ל וכפי זה גם בנדון דידן הוי הכי ומיהו מה שיסב הרב שם על גמגום זה דדאיכא הוכחות מצטרפים להתיר גם בנ"ד שירדו שוטים להוציאו ומלאו מגבעת שלו בנהר וגם הסוס שהיה רכוב עליו ראו שהיה שרוי במים ומה גם שהדרך הוא שקם באיש בו

קוה

הוא מוכרח לעבור כזה הנהר וא"ה כלאו הכי החשיב כ"ז כעידי טביעה ועוד דלאו על סברת המבי"ט בלחוד אנו דנין אלא דמצורף לזה סברת מהרמב"ח שכתבנו לעיל דאפי' בלא נמצא הרוג בדרך ס"ל דכיון דנעלם יב"ח שני להוציאה מאיסור תורה . והנה כי עיקר מטרין ראיות מהרמב"ח ז"ל היא מלישנא דהרמב"ם בה' נחלות שכתב ובאו עדים שטבע בפניהם ואבד זכרו יעו"ש ולדידי אי משא לא הוראה שהרמב"ם ז"ל סמך בזה אמ"ש בה' גירושין ששם עיקר מקור הדין שבאיזה ענין אמרו' אם נשאת תצא ובאיזה ענין אמרינן שלא תנשא לכתחילה ואם נישאת לא תצא ובה' נחלות בא ללמדינו דהיכא דאמרינן אם נישאת לא תצא הרי היורשים נוחלים על פיהם וסמך בזה אמ"ש בהל' גירושין ועוד דמלישנא דמרן בש"ע סי' רפ"ד ס"ד שכתב מי שטבע במש"אלס ובאו עדים שטבע בפניהם ואמרו אבד זכרו וכו' משמע דתיבות אבד זכרו שכתב הרמב"ם אינו מלשון הרמב"ם אלא מלשון העדים ודלא כמהרח"ש ז"ל בתשו' סי' מ"ה וע"ז שכתב על דברי הר"מ פי"ב דגירושין שכתב שם וז"ל וכן האשה שהעיד לה עד א' שטבע בעלה בים או במים שאין להם סוף ולא עלה ואבד זכרו וגם נשתכח שמו וכו' ה"ז לא תנשא ואם נשאת לא תצא וכתב מהרח"ש שם סי' מ"ה וסי' מ"ט ביאור דבריו כמ"ש ואבד הם דברי הרמב"ם לאפוקי סברת מהר"א מוורדין שהביא המרדכי שלא להתיר לאשה שנתעגנה ד' שנים יעו"ש ונראה שלזה כיון הרמב"ם כמ"ש ואבד זכרו לומר שאעפ"י שעבר זמן רב ביותר עד שנשתכח זכרו הרי זה לא תנשא ע"ש והיא היא סברת מהרמב"ח ז"ל דדוקא לכתחי' לא תנשא ומשמע דמאיסור תורה מיהא נפקא ואם נישאת לא תצא אך מלשון הש"ע שהבין מ"ש הרמב"ם ואבד זכרו הוא מלשון העדים א"כ לדידן אנו לומר שפי' ואבד זכרו שאמרו העדים היינו ששהו עליו כדי שתצא נפשו וכן הבין הרב שר"ה בקונ' דל"נ ע"ב וז"ל דמ"ש שם ואבד זכרו הם דברי העדים שאומרים שטבע בפניהם וגם אבד זכרו והיינו ודאי ע"י ששהו עליו וכו' והרי כתב האעפ"י שאין משיאין את אשתו וכו' ודבר זה ראיתי ביארו פי"ג מה' גירושין דהיינו ע"י ששהו עליו ולא עלה . ועלה קא סמיך ולא הוצרך לבאר אחר שכתבתי ראיתי למרן בש"ע שהעתיק ואמרו ואבד זכרו וכו' הרי שהוא תופס כפשוטו שהוא מדברי העדים וכמ"ש עכ"ל ועל פי כל זה הרס ראיית הרב מהרמב"ח מלשון הרמב"ם :

האמנם עם כ"ז נכרא רבה אמרה והשכחן למהרח"ש דקאי כוותיה כפי' לשון הרמב"ם ועוד מה שהביא ראיה מתשו' חה"ר בפו"ב סי' לק"ט היא ראיה גמורה ואיך שיהיה בהצטרף סברת המבי"ט ומהרי"ו וס' מהר"ש בן חביב ז"ל בכך יצאה אשה זו מאיסורא דאורייתא ואין עליה כי אם איסור דרבנן וכיון דאית בה כמה ספקות וס"ס אע"ג דלא מהני להוציאה מידי איסור תורה מ"מ מהני לאיסורא דרבנן דאית בה ומכ"ש וק"ו דמצינו לכמה מרבוותא דסמכו להקל ע"ז ספיקות אלו אפילו להוציאה מאיסור תורה כאשר ביארנו אם כן פשיטא שיש לנו להקל ומכ"ש שהיא ילדה ורכה בשנים וחיישינן משום פריצות ובפרט בדורות הללו וכמ"ש הרא"ש ז"ל בסי' ל"ו יעו"ש . וכבר ראיתי להרב כנסת יחזקאל סי' מ"ט ר"ס ע"א שהביא תשובת הרב משאת בנימן בסי' מ"ו ובסי' ק"ט שדעתו להחמיר בס' אשתי נ"י ובסי' מ"ד כתב להקל וכתב דבסימן מ"ו וק"ט שהחמיר איירי בזקנה ובסי' מ"ד שהקל איירי באשה ילדה ותשו"ה הקל בס' אשתי ומשמע שם שאפילו בודאי אחר נ"י הקל הרב והטעם משום שהיא ילדה עכ"ל ודבר גדול דיבר הרב ז"ל שאפילו במקום שאלנו שראוי להחמיר מכח הדין מ"מ היכא דהאשה ילדה יש להקל ואם כן פשיטא דבנ"ד כיון שרבו הספיקות וכבר יצאה מאיסור תורה והיא ילדה יש להקל ולהתירה להנשא כנלע"ד

הצעיר

חיים מרדכי
לבטון
ס"ט

ט"ו שאלה ראובן נשא לאה בת יעק' והכניס' לו נדוניא מאת אביה ומדידה לה רחמנא תכשיטי זהב וכדומה ומלבושים כנהוג וראובן הנז' הוא מק"ק ספרדים אשר פא"י אשר המנהג אצלם ניכר וידוע שחייב החתן לכתוב לה כתובה בחיוב תנאים והם שלא יגרשנה וכו' ושלא יפתנה למחול לו כתובתה או שום תנאי מתנאי כתובתה ואם מחלה לא יהא מחול כלל ועיקר והירושה לחלאין כמנהג ק"ק דמשק וכו' והכל בקנו"ס וש"ח שנשבע ראובן לאשר ולקיים את כל הכתוב והנה לא היו ימים רבים שנלב"ע לאה הנז' וחלי"ם ולא הניחה זרע קדש ואחר פטירתה הוציא ראובן הנז' שטר וזה נוסחו ווג'ה תחריר ומוג'יב תסטירו הוא אנהו קד קארית ואעתרפת ואשהדית עלא נפסהא קודמנא כתנא אל פוקרא אלדי מזכור איסמהא אדנאה מוג'יב קנין ושבועה סי" לאה בת יעקב אשת ראובן קד אוהבת ג'מיע רזקהא וכתובתהא אלדי הוו סך וכו' ואל ג'מיע אווסבהו אילה ג'והא וב"מ בעד עומר אל טוויל אין שיה תופית קבל ג'והא הנכאן ענדו אוולאד ואין כאן כ"מ מא ענדהא ואל ג'מיע אווסבתו אילא גוזהא ולם לאו אחד תלייעי ותעלוק מן תבועה ואמשא וג'מיע קרוביה עלה ג'והא במלרית אל פראד ואל ג'מיע אווהבתו בחוסן רצהא פי חייתא ובעד עומר אל טוויל וכואליך קד קי ג'והא מוג'יב קנו"ס בש"ח וכו' אין קידר שי עליה קבל מכתו אין כאן ענדו אוולאד אם לא ג'מיע רזקו ומא תמליך ידו אווהבתו למרתו וכו' וחתומים עליה השטר ב' עדים כשרים הנה עתה לשאו"ל הניעו האם יועיל השטר הנז' לבטל תנאי כתובה הנז' יען כי אביה חי ועומד ותובע הירושה כפי המנהג והתנאים שעשו יורנו המורה ושכרו כפול מ"ה

תשובה אמת אגיד כי לבי כל עמי השער ואתר לגרותינו די האמנם שאני כותב ומעלה ראשי דברים להלכה ולא למעשה ואומר כי בנכסי צ"ב הקימים דעת הרמב"ם פכ"ב דאישות דין י"ח וי"ט דאין מחילתה מחילה וחוזרת דיכולה לומר

לומר כ״ר עשיתי לבעלי וכ״כ הה״מ משם הרמב״ן והרשב״א אכן הרא״ב״ר בהשגות והרא״ש בתשו׳ כלל ל״ח הביאה הב״י ס״ס ן׳ פליגי וס״ל דמחילה מועלת אף בנכסי נ״ב הקיימים יע״ש בב״י וק״ק על הרדב״ז בחדשות סי׳ תע״ר שכתב וז״ל דבר מוסכם הוא כי האשה שמוחלת נכסי לאן ברזל הקיימים אין מחילתה כלום וכו׳ ע״כ ולא זכר כי הרא״ב״ד והרא״ש פליגי ושמא דלדידהו דקבלו עליהם הוראות הרמב״ם אם כן הוא דבר מוסכם לדינא ודוחק שוב ראיתי להרדב״ז סי׳ תר״ד שכתב כן יעו״ש ולענין נר״ד דהרדב״ז ז״ל עיין בתשו׳ הריב״ש ס״ס קמ״ט ודוק ואיך שיהיה דעת מר״ן בסי׳ ן׳ כהר״מ האמנה בב״י וגם בכ״מ דקדק מלשון הרמב״ם שכתב חוזרת בכל עת שתרצה וכו׳ דדוקא כשהיא בקיים חוזרת שיכולה לומר נחת רוח עשיתי לבעלי אבל אם מתה אין יורשיה טוענים שנחת רוח עשתה כיון שהיא לא טענה וכ׳ מהרא״נ״ת בתשו׳ סוס״י כ״ד דחידוש הוא שחידש הרב בדין זה וכו׳ אלא שכבר הורה זקן ואין לנו אלא להשית לב לדעתו יעו״ש וכ״כ מהר״ש הלוי בתשובה ב״י ה״ד היד אהרן הנב״י ס״ק ס׳ והנה שמהרי״ט בח״מ סי׳ כ״ו הקשה על דברי מרן אנו אין לנו אלא ד׳ מרן וכבר הרב פמ״א ח״א סי׳ יו״ד וסי׳ קכ״א השיב על דברי מהרי״ט ועל דברי מוהרש״ג שדחה דבריו בסי׳ י״א ויישב דברי רבינו יעו״ש ·

אכן ראיתי בתשו׳ הרש״ג הנז׳ דל״ג ע״ב שכ׳ וז״ל וכן הרב מהרי״ק בתשו׳ רף ת״ד אעפ״י שכתב הדקדוק מדברי הרמב״ם דלא טענינן ליתמי טענת נ״ר לענין מעשה לא חש ליה יעו״ש עכ״ל ואני אין אתי בעת תשו׳ מרן ולפ״ז נפל פיתא בבירא דמרן עצמו לא חש לחילוק זה וס״ל דגם היורשים תלו למטען נ״ר אמנם ממ״א יש לדון דאין בכ״ד טענת נ״ר והוא ממ״ש מהריק״ש בתשו׳ סי׳ נ״ה דע״א ע״א וז״ל והינה יכולה לו׳ נ״ר עשיתי לבעלי לפי שעשתה נ״ר לעצמה לעלו׳ וכו׳ גם לחייב את בעלה שלא ישא אשה אחרת וכו׳ שהרי זה כמי שפרע הותה לה משלם וכו׳ וא״כ בכ״ד שנתן לה כנגד זה כמה וכמה הינה יכולה לומר נ״ר עשיתי עכ״ל נראים דבריו דבל שהוא מטיב לה עבור זה הינה יכולה לו׳ נ״ר עשיתי דלטובת עצמה עשתה גם ראיתי להרב חורת חסד פי׳ פ״ס שנשאל על אשה שמחלה לבעלה כתובתה ע״מ שלא יהיה לו רשות לישא אשה אחרת עליה וכתב דלכל הסברות פשיטא דמהני מחילה דאין כאן דין מחילה אלא דין חליפין שעשתה עם הבעל יעו״ש ובאמת שהם הביא הרב ז״ל תשו׳ מרן ז״ל דהיא בכ״ד ממש והשכים דבנכ״ב הקיימים הינה מועלת המחילה והוא ז״ל חלק עליו ע״ש נר׳ דעת מרן דאף שעשתה לו טובה מ״מ ס״ס מחילה קרינן ביה ולא מהנייא בנכ״ב הקיימים וכבר כתבתי שאין אתי תשו׳ מרן בעת אמנם לע״ד י״ל דבכ״ד יודה מרן דכיון דהבעל עצמו כתב לה כל נכסיו אחרי מותו ואין לשום א׳ מקרוביה לערער עליה הא ודאי דבל כי האי סברא וקבילה והינה יכולה לו׳ נר״ע דודאי לטובתה כיוונה ·

והנה הרואה יראה שם בתשו׳ הרב חורת חסד דעיקר הילוה הוא מתשו׳ הרא״ש סוף כלל ל״ח ופסקה מרן סי׳ קי״ח ס״ע שנשאל על אשה שטוענת שמחלה כתובתה מפני היראה שהיה מגזים עליה לגרשה או לישא אשה אחרת עליה מפני שאינה יולדת והשיב דאין זה טענת אונס לבטל המחילה כי בדין היה עושה לקיים פו״ר והיא שחרתו בממון למונעו מלישא אחרת ע״כ והרב הנז׳ כתב שגם׳ הקלר הביא דברי הרא״ש לפסק הלכה במשנה שהמית ע״כ ור״ל דלפי מ״ש בש״ע תשו׳ ברא״ש יולא הדין דמחילה כה״ג הוויא מחילה והוי הפך ממ״ש בתשו׳ ולע״ד לק״מ דמה שהביא בש״ע תשו׳ הרא״ש נ״מ לנכסיה שאינם קיימים דאינה יכולה לטעון נ״ר וכו׳ והו״א דתבטל המחי׳ מטענת אנוסה קמ״ל דלא הוי אונס כה״ג אבל בנכ״ב הקיימים אה״נ הגם דמטעם אונס אינה בטילה מ״מ מטענת נח״ר וכו׳ בטלה המחילה והרא״ש לשיטתיה אזיל דס״ל דבין בנכ״ב הקיימים בין שא״ק אינה יכולה לומר נח״ר וכו׳ ולכן קיים המחילה בסתם ולא חילק וק״ל ות״מ כבר כתבתי דאפשר דבל כה״ג דבכ״ד יודה מרן דבכל כה״ג אמרי׳ אפושי פלונתא לא מפשינן וכ״ש דמחי׳ זו של האשה היתה בשבועה וכתב הרב י״א שם וז״ל וכ״ש שיכא דאיכא שבו׳ במכירתה או במחילתה עכ״ל ·

והגם כי ראיתי למהרי״ט שם ד״ת ע״א הביא משם מורה א׳ שכ׳ וז״ל ובכ״ד ובודאי לא שייך הכרתה וג׳ר כיון שנשבעו כ׳ע״ר המב״ם וכו׳ ודאי כוונתה לזכות לו מחיים ע״כ וכתב עליו. שוא מעיעם דהכן ששרי שלא עשתה אלא מפני שלום ביתה שהרי אין אדם דר עם נחש ובכ״ד מה יועיל כי נשבע בו על דברת שבועת אלהים כי היא ודאי אינה חוזרת בה ולא תתבע תביעה זו אלא שאנו מבטלים אותה מפני התקנה או שרלתה להניח רוחו של בעל בכך עכ״ל לע״ד לק״מ דהא ודאי אומדנא רבה היא דאם נשבעה ודאי דכיוונה למחול לגמרי ולא משום נ״ר והגם דבדידה אפי׳ נשבעה יכולה אח״ך לטעון משום נ״ר תיסגי לן לומר דאיכי היא בינה לשמים יכולה לומר כן דמשום נ״ר עשתה אבל לטעון ליורשיה בל כי האי הוי מילתא דלא שכיחא לומר שנשבעה משום נח״ר דכולי האי לא עבדה זהו הנר׳ בדעת מוהר״ש הלוי ואותו מורה שהביא מהרי״ט וק״ל ·

אכן עדיין איכא לספוקי בגם דנימא דדל מהכא טענת נרע״ל הכתי יש להסתפק האם יש יכולת ביד האשה להפקיע זכות יורשיה אם לאו ואמינא דזיל קרי בי רב פלונתא דרבוותא בענין זה כי הרא״ש ז״ל בתשו׳ כלל כ״ה והביאם הטור אה״ע סי׳ קי״ח כ׳ על תקנת טולטולה כללם של דברים שאין האשה יכולה ליתן לא לבעלה ולא לאחרים חלק הטבע ליורשיה מן התקנה שאין בידה כח לבטל לא במחילה ולא במתנה כ״א בנותנת מעכשיו כאותו ענין שלא תוכל לומר נרע״ל ע״ש בכלל הנז׳ באורך ומהריב״ל ח״ב סי׳ כ״ר ומהרשד״ם אה״ע סי׳ רכ״ב וקנ״ר ומהר״י הררכי סי׳ ע״א וקנ״א ורל״ב והרדב״ז בחדשות סי׳ הר״ז ומהר״ס אלשיך סי׳ ט״ו ומשפטי שמואל סי׳ ע״ז ופ״ז ומהרח״ש אה״ע סי׳ ז׳ כולם יחד הסכימו דאין לחלק בין תקנה לתקנה דגם כמה שכותבים במנהג ק״ק דמשק בכ״ר דינו שוה למ״ש הרא״ש בתקנת טולטולה אכן לעומת

זה נמלא בתשובה להרמ"ה הובאה בפ' כר"ה למרן ובתשו' ר"ב אשכנזי סוף סי' י"ח דנראה דפליג אדהרא"ש גם מרן סי' קי"ח ובתשובת דיני נשואין סי' ד' חילק בין תקנת טוליטולא לשאר תקנות דהרא"ש עצמו לא כתב כן אלא בנ"ד שהיא תקנת טוליטולא ונסתייע בזה מתשו' הרשב"ש יע"ש ואחריו נמשכו הר"ב אשכנזי סי' י"א והר"ש גאלאנטי סי' נ"ו והמבי"ט ח"א סי' של"ד וח"ב סי' קכ"ז והסכימו על ידו מהר"י בי רב ומהר"י ארחא יע"ש ומהר"י הלוי סי' ט"ו וי"ח זוכה לבעל מכח קי"ל גם הפ"ת ח"ג סי' מ"א ומהרח"ש אה"ע סי' ד' ובסוכת עולם סי' ל"ה ובתשו' נו"ר אה"ע סי' י"ז זיכו גם כן מטעם קי"ל ולדידן אין צריך לכל זה כי הנהגנו קבלנו עלינו הוראות מרן אפילו להוציא מיד המוחזק ומכ"ש להחזיק ומה גם דהראשונים הנז' לא ראו תשובת הרמ"ה כי לא נדפסה כי י"ל אלו ראו אותה היו חוזרים וכן כתב בתשובת מגן גבורים סי' נ' בסו' הסי' יע"ש · ולענין תשובת הרשב"ש שהביא הב"י ראיתי מבוכה בדר' האחרונים שכתב מהר"ם אלשיך סי' ט"ו שרבים מהמורים הבינו שתשובת הרשב"ש והרא"ש במחילה לבעל והוא ז"ל כתב דלא פליגי דמחילה שאני והרא"ש יודה לזה יע"ש ולזה נטה מהרשד"ם בסי' קנ"ד יע"ש אך מהר"י הלוי סי' נ"ו הכריח מד' מהרי"א והרב"א והב"י דלא ס"ל הכי יע"ש ופשיטא שכל זה גרם מחמת שלא נגלה עדיין בימיהם תשובת הרשב"ש ובאמת כי מתשו' שהביא הב"י והיא בסי' ע"ח מח' הרשב"א אין בה שום גילוי כאשר ירא' המעיין שם אכן ראיתי עוד בסי' ק"ג והוא שנשאל על בעל ואשתו שרולים לבטל הכתובה שהיא על תיקון ק"ק אלג'אז'יר ורולים להושיבה על תחז"ל והשיב יראה לי שתנאי כזה יכול הוא לימחל כיון שרולים לבטל התנאי ולהעמידו על דין תורה וכו' כ"ש שאינה מוחלת כלום אלא שאם תמות לא ירשנה קרוביה אלא בעלה והרי אף כפי התקנה יכולה היא ליתן ולמחול לבעלה אותו חלק ולכך טוב הדבר ואין בו חשש כלל וכן נראה מתשו' הרא"ש שאם נתנה מעכשיו ולאחר מיתה מתנתה קיימת וכ"ש בנדון הזה שמעכשיו היא מוחלת עכ"ל נראה ברור מתשובה זו שהרשב"ש לא פליג' אהרא"ש כמו שהבינו רבים מהמורים שהביא הרמ"א שהרי הוא הביא ראיה מתשובת הרא"ש ויליף לנדונו במכ"ש גם כמ"ש הרמ"א דהר"ש מודה במחילה גמורה מחיים נראה דליתא דהרי כתב כ"ש שאינה מוחלת כלום וכו' ·

איברא דאכתי בעניי נוראות נפלאתי בתשובה זו דהיכן מלא הרשב"ש ז"ל בתשובת הרא"ש שאם נתנה מעכשיו לאחר מיתה דמתנתה קיימת הלא מפורש יולא בתשובת הרא"ש סוף כלל כ"ה בענין תביעות ר"מ נעמן לר"מ אל רנאל וכו' כתב בתשובה וז"ל ומן הדין אין האשה יכולה לתת נכסיה בחיי בעלה לשום אדם הלכך אין במתנה כלום ודאי אם היתה נותנת מעכשיו כל נכסיה לבעלה בענין שלא תוכל לומר נרע"ל היתה המתנה קיימת אבל מעכשיו ולאחר מותה לבעל אין המתנה קיימת והטור הביא תשובה זו בסי' קי"ח ע"ש אמת כי כתוב בתשו' הרא"ש בכלל הנז' סי' ג' וז"ל מדין תורה יכולה למחול לבעלה כל שטר חוב ונדוניא וכו' וגם לפי תקנת טוליטולא יכולה למחול כי אני זכור שכתבתי בענין התקנה אלא בענין זה שאם היתה יכולה האשה להפקיע התקנה וליתן לבעלה כל הנכסים לאח"מ אפשר שזה היה כנגד התקנה אבל מה שמוחלת מעכשיו לבעלה אין דבר זה נוגע בתקנה כלום ומחילתה מחיל' עכ"ל ויש מקום לומר דמדכתב הרא"ש וליתן לבעלה כל הנכסי' לאחר מותה אפשר שזה היה כנגד התקנה וכו' מש' דוקא ליתן לאחר מיתה לא מהני אבל אם נתנה מעכשיו ולאחר מיתה מהני אמנם הא ודאי לא מכרעא דפשיטא דלא אתא הרא"ש אלא לאפוקי מתנה גמורה מחיים דהא ודאי אינה נוגעת לתקנ' אבל במתנה מעכ' ולאחר מיתה הא ודאי מיעקר' התקנה והתשובה דסי' יו"ד היא ערוכה כאמנה לכוונה זו וכן ראיתי להרב מ"ן בח"ב סי' ל"ב יע"ש ·

עוד זאת אדרש בתשו' הר"ש כי מ"ש תחילה וכ"ש שאינה מוחלת כלום אלא שאם תמות לא ירשוה קרוביה אלא בעלה וכו' נר' ברור דאם נתאלמנה או נתגרשה גובה כתובתה משלם וממ"ש אח"ך וכ"ש בנדון הזה שמעכשיו היא מוחלת וזה ברור ע"כ נראים הדברים דבנ"ד היא מוחלת מחי' גמורה מכל וכל והוו תרתי דסתרן אמנם לע"ד אמיתותן של דברים דיוקא דרישא עיקר שאין כונתם אלא לעקור תנאי של הירושה ואם נתאלמנה או נגרשה גובה משלם ושכי דייק נוסח השטר של הביטול שתיקן להם הרב ז"ל ומ"ש בסו"ד וכל שכן בנ"ד שמעכשיו היא מוחלת היינו שמוחלת לבעלה אותו התנאי שאם תמות ירשנה הוא אבל באמת שכל ד' הרא"ש בתשובה שבכלל כ"ה מורים הפך מזה שאין רשות ויכולת לאשה שתמחול ותפקיע זכות יורשיה כ"א במוחלת לגמרי אפילו תתאלמן ונ"ע · ואיך שיהיה דעת מרן דלא גמרינן שאר תקנות מתקנת טוליטולה שכ' עלה הרא"ש ז"ל אכן כתב עלה הב"י מיהו היכא שכתוב בתנאי שע"מ כן נתן לה הנותן הנדוניא אין בידה לשנות התנאי עכ"ל מעתה ניחזי אנן אם מה שכתוב בכתובה שלא יפתנה למחול ואם מחלה לא יהא מחול וכו' אי מקרי זה תנאי שע"מ כן נתן לה הנדוניא או אפי' אין כתוב כי אי מה שכתוב בתנאי הכתובה והירושה לתנאין כמכתב קק"ד אם נאמר דהוי זה כע"מ או לא ואמת שמד' הרשד"ם סי' כר"ך נר' שאם אביה נתן הנדוניא והתנה ע"ע ההיסכון שאינה יכולה למחול משום דלא נתן אלא ע"ת כך ואם לא יקים נתבטלה המתנה יע"ש נראה דחיוב הבעל בהיסכון הוי כתנאי גמור כע"ת גם מדברי מהר"י אדרבי סי' רנ"ב נראה ברור דסגי בכתיבת התנאי בכתובה כמפרש בע"מ כן ומהר"ש לרור שבתשובה תשב"ץ סי' כ"ו תפס לה בפשיטות עד שתמה על מהר"ם אלשיך דלמה לה הוכיח לנ"ד מתנאי הכתוב' שאינה יכולה שוב למחול ונסתייע מתשו' מהרי"א הנז' אכן ראיתי למוהרח"ש סי' כ"ה כתב על דברי הרשד"ם וז"ל ואהמת"ר אין משם ראיה דהתם שאני שהתנו בפי' שע"מ כן נותן ובהא פשי' שאם לא נתקיים התנאי המתנה בטילה אבל כמו שנתחייב סתם להחזיר ליורשי האשה והוא הנדון של הרב ז"ל אפי' בנדוניא שנתנו לה מבית אביה איכא למימר שיכול' למחול בחייה וכ"כ הרב' בתשו' הנז"ל דליכא לפלוגי

בין

בין שהנדונייא נתן לה האב ובין שהנדונייא היא שלה יעו"ש עכ"ל ונראה דפלוגתא זו של רבני האחרונים תליא בהאי דברי על מאי דתנן בריש הכותב לאשתו אין לי בנכסיך דו"ד ה"ז אוכל פירות בחייה ואם מתה יורשה בחייה ובמותה אם מתה אינו יורשה רשב"ג או' אם מתה יירשנה והרי"ף פסק כת"ק דק"ל כל תנאי שבממון קיים ושביק ראייה מפירוש' הלין דכתבין לנשיהון אי מיתת בלא בני כל מאי דלא תיהדר לבני נשא תנאי ממון הוא וקיים וכו' הר"ן דר"ח פסק כרשב"ג והביא דירוש' להו בכתיבת הבעל לאשתו אלא בכתיבת האב לבתו והו"ל כמתנה ע"מ להחזיר ע"כ וכן ראיתי להרב"ן סו' פי' י"ח שכ' וז"ל אבל בכתיבת האב לבתו הו"ל כמתנה ע"מ להחזיר עכ"ל. ולעומת זה ראינו שהרמב"ם בתשובה הביאה הרב"ן סוס"י י"ח כתב דיכולה למחול התנאי אפילו נתחייב לאביה שהרי כתב וז"ל וכן האיש שנתחייב לאביה וכתב ע"מ כ"כ דינרים נגד חצי כתובתה וכו' כיון שמכרה או נתנה אינו חייב בשום דבר מהם כלום ע"ש וכ"ן מתשובת הרמ"ה שהביא שם וז"ל מנהג דילן למכתב וכו' דאם יארע מות לכלה יחלוק פ' החתן עם יורשיה ואתא אבוה קא תבע ליה לראובן למפלג בהדיה וכו' הרי הקנין שקנו ממנה לאחר נישואיה מועיל לבטל התנאי וכו' עכ"ל הרי דהרמב"ם והרמ"ה סוברים דאפי' בדאיכא אב ומערער לחלוק אפ"ה מחילתה מבטלת את תנאי הכתובה. ולא אמרינן דכיון דאביה כתב כן בכתובה הוי כמתנה ע"מ להחזיר והיה מקום לו' דהרמב"ם והרמ"ה איירו בדוקא שהיא נותנת הנדוניא מביתה ולא ממון אביה והאב קא אתי מכח תנאי דודה שהתנית עם הבעל אבל אמת דהא ליתא דודאי הו"ל לבאר זה דכשהוא מבית האב אין מחילתה כלום ועוד דלדעת הרמב"ם ז"ל עדיפא מינה כ' בפי"ב דזכיה באומר נכסי לך ואחריך לפ' או ליורשי אם מכר הראשון מכרו קיים ומתנתו קיימת ע"ש בדין יו"ד ובהה"מ שם והרמב"ם בתשובה דימה דין של הויסכון לאו' נכסי לך ואחריך לפ' יעו"ש וא"כ ודאי אפי' הנכסים משל אב מתנתה קיימת ול"א הוי כמתנה ע"מ להחזיר נמצא דהוי פלוגתא בין הר"ן לדעת ר"ח ובין הרמב"ם והרמ"ה והאחרוני' סתמו דבריהם ·

גם ראיתי בתשו' תורת חסד סי' ע"ט וז"ל אבל אם היה כתוב בשטר הכתובה שהנדונייא היתה מאביה ולא כתב שנותן הנדונייא נתן ע"מ להחזיר מה שעשתה עשוי שלא כדברי מהרש"ס ז"ל וכבר עמד מורי הרב ז"ל בזה בסי' ד"ה עכ"ל נראה דעתו כדעת רבו מהרח"ש ז"ל אך בסי' פ"ר כתב וז"ל והרב"ן האשכנזי ז"ל כתב ודווקא בכתיבת הבעל לאשתו אבל בכתיבת האב לבתו הוויא לא כמעמ"ל וכמ"ש הר"ן ע"כ דמשמע שאעפ"י שלא כ"כ בפי' אמרן דעת הוא שאעפ"י התנאי כתב ונתן ולפי דעתו גם דברי הרשב"ש נתפרשים כן וכו'. אבל מדברי הרב מהרי"ק בתשו' סי' ד' נר' דצריך שיכתוב כן בפי' שע"מ כן נתן ומדברי מהרש"ס סי' רפ"ב נר' שהבין כמ"ש אני ושו"ר למורי מהרח"ש שכתב כמ"ש ואעפ"י שאיני רגיל לגלות דעתי ממה שראיתי בדברי הר"ן שכתבתי שצ"ל כן וכו' עכ"ל הנה בתשו' זו נטה הרב לדעת הרש"ס ואיך שיהיה העד העיד לנו שדעת מרן בתשובה דצריך שיכתוב כן בפי' שע"ד כן נתן ודבר ה' בפיהו אמת. שכן דעת הרמב"ם והרמ"ה ואפשר שאלו ראו הראשונים הנז' דבריהם היו חוזרים ·

האמנם לא אוכל להתעלם מאי דק"ל בתשובת הרמב"ם הנז"ל שהוא כתב וז"ל המתנה קיימת בלי ספק ואין הבעל מחוייב לתת ליורשי האשה דבר הואיל וכבר נתנה כל מה שהכניסה בנדונייא לפי שפסק הלכה נכסי לך ואחריך לפ' אין לב' אלא מה ששייר הא' וכו' עכ"ל ויש לפרנס דהא תינח אם לא היה הבעל ראוי ליורשה אבל השתא שהבעל הוא יורשה מן הדין אם כן אינה יכולה ליתן לו והרי הרמב"ם עצמו בפי"ב מזכיה הלכה יו"ד כתב וז"ל בד"א כשמכר לראשון או נתן מתנה לאחרים אבל אם מכרן הא' או נתנם לבנו מתנה או לאחד מיורשיו לא עשה כלום ע"כ וכתב ה"ה דלמד זה מדאמר ר"ח בפ' י"נ דקל"ו אפילו רשב"ג לא קאמר אלא לאחר אבל לעצמו לא והטעם שכוונת הנותן שלא יוכל המקבל ליתן ליורשיו שא"כ לא עשה ולא כלום שכל מה שיש לאדם הוא נותן לבניו אבל לאחרים אין אדם חוטא ולא לו וכן פי' ר"ח עכ"ל וא"כ ה"נ הכא כיון שהבעל הוא היורש מן הדין דין הוא דמתנתה בטילה ומעין קו' זו קשה על המבי"ט ח"א סי' של"ד שכתב וז"ל שאף אם היו מתנים עם האשה אביה ואמה שמתנה זאת שנותנים לה בנדונייא תחזור להם החצי או ליורשי' אם לא יהיה לה זרע היום זה כמי שאומר נכסי לך ואחריך לפ' דאין לשני אלא מה ששייר הא' שאם נתן במתנת בריא לאחרים מעשיו קיימים וכו' עכ"ל ולכאורה קשה עליו כמ"ש אלא דכמעט עיון נראה דלק"מ על המבי"ט דהא עיקר שאלה שנשאל עליה הרב ז"ל היא אם תוכל האשה לצוות שיתנו לפלוני או לפלונית כך וכך מחצי הנדונייא הראוי ליורשה ועל זה השיב שיכולה לתת כי אביה ואמה לא התנו עמה ואפילו התנו עמה הוי כאו' נכסי לך וכו' נראים הדברים שעיקר השאלה בנותנת לאחרים ולא לבעלה וע"ז שפיר מייתי ראיה מההיא דנכסי לך וכו' דיכול ליתן לאחרים אבל אה"נ דלבעלה אין מזה שום ראיה ולא קעסיק ביה הרב בתשו' זו ובכן נתיישבו נ"כ דברי הרמב"ם בתשובה הנז' דב"ד איירי דרוצה האשה ליתן לאיש מבלעדי אישה ולהכי מייתי ראיה מההיא דנכסי לך אבל בנותנת לבעלה עצמו לא איירי ·

ומעתה מה שראיתי להרב תורת חסד בתשו' סי' נ"א שהביא דברי המבי"ט בתשו' הנז' וכתב עליו ואחרי המ"ר אין זה נכון והדין הוא להפך כמו שכתבו כל הפוסקים ולמדוהו מההיא עובדא דאיתא בסוף פרק י"נ עכ"ל והרב קיצר בדבריו ובודאי שכונתו כמו שהקשינו על המבי"ט ולפי מ"ש הרמב"ם ז"ל והמבי"ט שפה אחת ודברים אחדים ותרויהו איירו בנותנת לאחרים והדין דין אמת וק"ל ·

אישובה אראה דהגם שכתבנו דלדעת מרן בעינן תנאי מפורש ולא סגי בכתי' תנאי הויסכון מ"מ אכתי לפי מה שאנו נוהגים לכתוב

לכתוב בכתובות שלנו התנאים שהתנו ביניהם החתן והכלה והם תנאים גמורים שו"ק כתנאי בני גד ובני ראובן וכו' משמעות לשון זה דתנאי בני גוב"ר היינו שאם יקיים התנאים יזכה בנדונייא ואם לא יקיים לא יזכה ואם כן אין לך מפורש גדול מזה דתנאי כפול הוא מתנאי בני גוב"ר עוד אנו כותבים ואחריות וחוזק שטר כתובה ותנאים כחוזק כל שטרי כתובות ותנאים דנהיגי בישראל הכשרים העשויין כהוגן וכתקז"ל דלא כאסמכתא וכו' גם לשון זה נראה דמחוק תנאים קיבל החתן בכל תנאים העשויין כתקז"ל וממילא הוי כתנאי כפול דזהו תקז"ל ואם כן נראה דאף שאינו כתוב בתנאי תנאי מפורש שע"מ כן נתן יספיקו אלו הדברים כמפרש אך עכ"ז עדיין הדבר שקול ממה שאנו כותבים תנאים שהתנו ביניהם החתן והכלה וכו' דא"א הוצ"ל שהתנו ביניהם החתן ואבי הכלה וכו' ולברר הדברים פוק חזי מ"ש מהרד"ך ז"ל בתשו' בבית י' חדר ב' וז"ל אלא שאני אומר דכיון דנוסח השטר כתובה שחתן וכלה התנו ביניהם התנאי בטל שאם הממון אינו משל הכלה אלא משל האב אין להכלה להתנות עם בעלה וכו' אלא האב שנותן הנדונייא יש לו להתנות תנאי זה שיהיה קיים ואם הממון שלה שהאב כבר נתנו לה במתנה וכדמשמע מלשון ודא נדוניא דהנעלת ליה כלתה וכו' ולא ודא נדונייא דהעיל ליה אביה וכו' עכ"ל נראה ברור מדבריו דהגם שכתוב בכתובה תנאים נשו"ק כתנאי בני גוב"ר לא מהני משום דהכלה היא שהתנית ולא אביה ואם נאמר שהממון משל הבת כדמוכח ממה שכותבין דהנעלת ליה כלתה חזר הדבר דמחילתה מחילה דהא עיקר מה שיש לנו לבטל המחילה הוא משום דנותן הנדונייא נתן על מנת כן ולפי מ"ש מהרד"ך הנז' נוסח השטר כתובה שאנו כותבין יכחיש זה ·

וראיתי להר"ב מהר"י הלוי ז"ל סי' י"ח דמ"ג ע"א שכתב וז"ל ועוד אפילו יהיה כשכתבך וכו' צריך להיות התנאי כפול ושאר משפטי התנאים וכו' וכתב מהרד"ך בבית כ"ח וכו' יע"ש · ולע"ד יותר מזה הו"ל להוכיח ממ"ש מהרד"ך בבית יו"ד שהבאנו שהגם שכתוב בכתובה תנאים גמורים כתנאי בני גוב"ר לא מהני אלא משום דבגב"ר הוי התנאי עם האפוטרו' דהוא במקום האב שפיר הו מהני אם כתוב כתנאי בני גוב"ר ומשום הכי הביא מ"ש בבית כ"ח הכל בגב"ר כיון שהתנאי הוי עם הכלה לא מהני וכמ"ש הגם שכתוב כתנאי בגוב"ר וק"ל · וראיתי להרב שם וז"ל דאפילו אם היה האב נותנם לה בפירוש שיהיה השיבון כמנהג האשכנזים הוא עיקר המחלוקת דהרשב"ץ ומוהריק"א והרב"ן דסברי דהיכא שהאשה הניחם לבעל אין זה נגד התקנה והמנהג כל זמן שאין כתוב בתקנה או במנהג שלא תוכל האשה להניחם לבעל או לאחרים דאין ללמוד מתקנת טוליטולא לתקנה אחרת עכ"ד

והנה הרב סתם הדברים כדעת מהרח"ש דלא שני בכתיבת התנאי בכתובה אלא אם התנו בפירוש שעל מנת כן הוא נותן וכמו שמוכיח מהרח"ש מתשו' מרן ומוכרח שמ"ש בב"י מיהו היכא שכתוב בתנאי וכו' היינו בדאיכא תנאי ברור ומפורש שע"מ כן וכו' אבל בלאו הכי יש לחלק בין תקנה דעלמא לתקנת טוליטולא וראיתי להרב כמהר"ש ן' חביב ז"ל בתשובה ב"י שהביא דברי הרב מוהר"י הלוי הנז' וכתב דאחרי המח"ר אין דבריו מחוורים דאפושי פלוגתא לא מפשינן וע"כ לא אמרו הרשב"ץ ומוהריק"א והרב"ן אלא באשה המכנסת משלה אבל כשהאב הוא נותן הנדונייא ומסתמא דיינינן דעפ"י המנהג שבעיר נתן היך אפשר לומר דע"מ כן נתן אין בידו לשנות ע"כ וכן הוא סברת השואל להרב מוהרי"ל והוא הנכון לע"ד עכ"ד והביא דברי המבי"ט בח"מ סי' כ"ו ומהר"ם אלשיך סי' ע"ו דס"ל דאין לחלק בין תקנת טוליטולא לשאר תקנות והגם דיש מהפוסקים חולקים היינו דוקא באשה המכנסת לבעלה משלה אבל באב הנותן לבתו כ"ע לא פליגי וכו' איברא דהרב מוהריק"א בתשו' לא ס"ל לחלק בזה אבל מ"מ נראה דע"כ לא פליגי לומר דאין לחלק אלא דוקא כשהאשה מוחלת מעכשיו לבעל אבל כשאינה מוחלת אלא לאחר מיתה חלק השייך ליורשיה בכה"ג יש אומדנא גדולה שלא נתן לה אביה הנדונייא אלא על פי התקנה ומנהג העיר שיחזיר הנדוניא ליורשיה אחר מיתתה וזה נ"ל נכון ומוסכם לדעת הכל וזולתי למהרי"ל הנז"ל ע"כ ת"ד ·

ואחרי נע"ר לע"ד אינו כן דאי עיקר דברי מרן במוחלת מעכשיו למה לו להרב להביא ראיה מדברי הרשב"ש דנויירי בשאר תקנות דמדקתם ולא חילק משמע דאין חילוק אם הכניסה משל אביה או משל עצמה טפי הוה ליה להביא ראיה מדברי הרא"ש דבתקנת טוליטולא עצמה כתב דמחילה מעכשיו מהני כמבואר בתשובותיו ולא חילק אם משל אביה אם משל עצמה נראה דס"ל דמחילה מעכשיו מהני בכל גוונא ואין ספק כיון שמרן הביא ראיה מדברי הרשב"ש ודברי הרשב"ש הם במתנה לאחר מיתה כמו שמוכרח מהרי"ל בסי' ט"ו וי"ח וכן כתב בפירוש הרב"ן בתשובה שם וראוי דס"ל דאפילו במתנה לאחר מיתה לא ס"ל למרן לחלק בין אם הכניסה משלה או משל אב וכן הבין בפשיטות הפ"מ ח"ג סי' מ"ח יע"ש ברכ"ה ע"א שכתב וז"ל והנה מרן בתשו' דמ"ה כתב דע"כ ל"ק הרא"ש אלא בתקנת טוליטולא וכו' דבשאר תקנות אף שתקנו להחזיר חצי שהישבון כל זה הוא אם מתה האשה בלי שום צואה אמנם אם ציותה לתת השבונה לבעלה או לאחרים אפילו לאחר מיתה הרשות בידה ול"מ בשהיא המכנסת השום לבעלה משלה וכו' אלא אפילו אם הנדוניא נתנה לה אביה הרשות בידה שתתנם לאחר מיתה למי שתרצה והכרית כך בתשובה הנז' מתשובת הרשב"ש כמו שיע"ש ובשו' זאת קאי המבי"ט ובנו הרב בתשו' ח"א סי' ח"ל משיטה זאת יע"ש עכ"ל ·

אכן מה שצירף הפ"מ דעת מוהרי"ט ז"ל בשי' מרן ז"ל האמ"ת אלף פעמים א"כ כן דהמעיין בתשובת מהרי"ט ח"מ סי' כ"ו יראה בפי' דאזיל מנגד לשיטת מרן והביא דח"א סי' ל"ח לא מכרעא כלל דשם בכ"ד איירי במתנה גמורה מחיים דכ"ע יודו בה ולא עוד אלא דבס"ס ל"ח שם העמיד לדברי ריא"ז שכתב דאין לבעל והאשתו זכות בגוף הנכסים למכור וליתן ע"כ בתנאי שמתנה שם האב

עם

עם הבעל שיחזרו הנכסים לו או ליורשיו והנה שיש לדחות זה דאפשר דל"ק הרב אלא במתנה תנאי מפורש שאינו נותן לה אלא על תנאי כן ובהא כ"ע יודו כמ"ש מרן הב"י מ"מ לא מצינו דעת מוהרי"ט כדעת הב"י שאפילו בא"ב הנותן מתנה בשטר שיכולה האשה לבטל התנאי ע"י מחילתה ואדרבא דברי הרב ז"ל עשירים במ"א בההיא דח"מ סי' כ"ו שכתב דלא כהב"י וק"ל ואיך שיהיה שאנו כותבים בירושה לתנאין במנהג ק"ק דמשק והגדוניא מצד אב אם יכולה האשה ליתן לאחר מיתתה מידי פלוגתא לא נפקא כהבנת דברי מרן בתשובה הנז'

פיש נכון לברורי יען שאנו כותבין שלא יפתנה למחול לו כתובתה או תנאי מתנאי כתובתה ואם מחלה לא יהא מחול כלל אי שני בהכי שלא תועיל מחילתה לבעל כי באמת יש לפרש הדברים שלא יפתנה למחול ואם מחלה היינו ע"י פיתוי לא יהא מחול אך אם מחלה בלא פיתוי דהויא מחילה גמורה ואם כן הבעל יכול לומר ליורשיה שכח ראיה דמחילה זאת היתה ע"י פיתוי וכן ראיתי לספמ"א ח"א סי' קכ"א שכתב דלא נכלל בזה כי אם במוחלת ע"י פיתוי דוקא והביא ראיה מדברי מרן בתשובה שכ"כ יע"ש דר"י ע"א וכתב שם וז"ל והן לו יהי ספק אם נכלל מחילה זו נ"כ בתנאי זה כתב הרב מהרלנ"ח שם באותה תשובה שאין להוציא מיד הבעל ומייתי ראיה מהא דכתב הרשב"ץ בתשו' דכל טצדקי שאנו יכולין לעשות כדי להעמיד הנחלה במקומה ביד הבעל אנו עושין ע"כ ואף שהוזכר באותה תקנה חרם והולכים בספיקו להחמיר היינו היסודות אבל לענין ממונא אין מוציאין מיד המוחזק משום ספק עכ"ל ואם לחשך אדם לומר דהא ודאי בנ"ד הוי פיתוי משום דבענין השאלה דנ"ד הבעל גם כן נתן לה כל ממונו ולא הניח לא לאחיו ולא לבניו אם יהיו לו כלום וכד דייקינן בה פורתא דבריו אין בהם ממש כלל שאין בה שום דבר מדרכי ההקנאה ולא קנאה כלום ובודאי לא מחלה לו אלא משום שהוא עשה לו המתנה הנז' ובעבור זה גם כן היא נתנה ומחלה לו כתובתה אך אם יהיה שורת הדין שאין מתנתו נתנה חזרה מתנתה נ"כ להיות בטילה דהוי מחילה בטעות וגם דזה שעשה הוא הוא ע"י שפיתוי וכן מטין דברי הרב מהר"א קובו ז"ל בתשובה פני יהושע סוף סי' י"ב יע"ש שחסר השלום דבריו וה"ה לנ"ד הכן גם ע"ז ראיתי בתשו' מהרי"ט דח"מ הנז' שכתב וז"ל והטעם השני שלא המורה לבטל המתנה לפי שכתוב בה שזה עשה לפי שגם הוא עשה כתובה עמה שזכה לה בנכסיו אם ימות בחיים שתחלוק כמותה הנכסים שימצאו ואין הטבה זו עולה כדין שאינה יכולה לזכות בנכסים שבאותה שעה וכו' א"כ מתנה בטעות היא וק"ד וכמה תשובות בדבר הדא דאפילו אם לא היתה זוכה באותם הנכסים מ"מ כבר הגיע לה ממנו הטבה גדולה דבהבית הנאה דאתחשבה וחלק לה כבוד גדול נמרא ומקניא אעפ"י שלבסוף לא תהנה מהם ול"ה מתנה בטעות היא וכו' עכ"ל ע"ש שהביא ראיות לדבריו וכזה נלמד לנ"ד דהך אם לפי האמת לא יהיב הקנאתו ומתנתו כדין אין זה נקרא מחילה בטעו' ובהכי אהני דלא חשיבא כמפורש וכ"ש לפי מה שראיתי שכתוב בנוסח השטר שעשו הבעל והאשה וז"ל ואל ג'מיע אוושבתו כמוסן דלה'א ואכתיראה פי חיאה ובעד עומר אל טוויל ע"כ והכוונה שהכל נתנה בטוב רצונה וחפצה בחיים ואחר אורך ימים והרי כתב הרמב"ם סוף פרק ה' מה' זכיה וז"ל בריא שנתן מתנה וכתב בשטר בחיים ובמות הרי זה מתנה גמורה מחיים שהרי כתוב בו מחיים וזה שכתוב בו ובמות כמי שאומר מעתה וכו' וכמו כן השטר הוא זה עכ"ל ואין לומר דדוקא אי כתיב מחיים כמ"ש הכל אם כתוב בחיים נ"מ דליתא וכמ"ש הסמ"ע והש"ך ריש סי' רנ"א ע"ש ואם כן כיון דמתנה דנ"ד הוי מתנה גמורה מחיים אם כן מעיקרא לא נכנסה בכלל התנאי שלא יפתנה וכו' וכמו שביאר הפמ"א שם סי' קכ"א דמתנה מחיים לא נכנסה בענין התנאי והאריך בזה יע"ש ובפרט דהאי תנאי נופיה דאי מחלה לא יהא מחול יש לגמגם ממ"ש הטוש"ע סי' ס"ו סכ"ג בשם בה"ע דאפי' אם התנה עמו שלא יוכל למוחלו אם מחלו מחול וכתב הב"י דטעם בעה"ע שא"א לו להתנות שלא יוכל לעשות מה שהוא יכול לעשות ע"כ וא"כ ה"ה בדין זה אם מן הדין דשאם האשה למחול מה מועיל התנאי והנה שכתבו התוס' בפרק המוכר דף פ"ט סוף ד"ה כל לגבי בעלה ודאי מחלה וכו' וי"ל דיכולה לעשות קיום במשכונות או בערבות או בנדר או בשבועה שלא תמחול ע"כ מ"מ הא ניחא אם תשבע היא אבל שבועת הבעל למאי אהניא אם בכדי פיתה אותה ומחלה איך לא תהיה מחילתה מחילה ועוד דלפי מה שאנו נוהגים להשביע לכל אלמנה שתבא לגבות כתובתה שלא מחלה כתובתה לבעלה וכמ"ש מרן בא"ה"ע סי' צ"ו משמיה דהרמב"ם כמ"כ ע"ש ואי איתא דהאי תנאי שכתוב בכתובה דאם מחלה לא יהא מחול מה לנו להשביעה ואפ' ע"י גלגול לו יהי דמחלה אין מחילתה כלום ובאמת דלפי מ"ש משם הפמ"א דתנאי זה אינו מועיל אלא במחילה דמהיום ולאחר מיתה אבל במחילה גמורה מחיים מעיקרא אינה בכללות התנאי הא ודאי ניחא שמשביעין אותה שלא מחלה מחילה גמורה וק"ל וגם לפי מה שראיתי בספרי האחרו' שהביאו תשו' מרן לא כתבו שמרן עשה עיקר מתנאי זה ומצאתי להרב תורת חסד בסי' פ"א ופ"ב ופ"ד שרמז לתשו' מרן ז"ל וכתב וז"ל ואעפ"י שמהריק"א נסתפק בדין זה אי מועיל זה התנאי ונראה מדבריו שכן נראה לו עיקר שמועיל לבטל המחילה יע"ש אין זה מספיק ממ"ש בעה"ת משם העיטור שער כ"ח ח"ו ס"ד דלא מהני תנאה בה"ג וכיון שכן אכתי לא נפיק מידי פלוגתא עכ"ד ויותר מזה הו"ל להרב לומר דמרן עצמו בסי' ס"ו פסק כהיא דהעיטור בתשובה סתמית ואין בתשובה לא נזכר מזה:

אבן מ"מ כתב הח"ח ז"ל באותה תשובה וז"ל אלא שאני אומר שלפי מה שאנו נוהגים לכתוב בכתובות שקנו קנו"ש מיד החתן ונשבע ש"ח ע"ד המב"ה וכו' דלא פטר נפשיה בטענת קי"ל דספק שבועה להחמיר ע"ש ואם כן כ"מ שגם לדידן שהחתן נשבע כל שיהא דהיכא ספיקא אזלינן לחומ' ובכל מ"ש וביארנו לעיל כל חדא וחדא מידי פלוגתא לא נפקא והו"ל ספק שבועה להחמיר וכן מתבאר מתשו'

בתשו' מהרש"ך סי' מ"ט ומ"מ אכתי יש לדון מכמה טעמי דל"ה בכה"ג ס"ס להחמיר והגם שיש מקום לעורר על כל א' מהטעמים מ"מ בהצטרף יחד כולם יש כדאי להתיר שלא להוציא מיד המוחזק

א' מה שנודע שי' מהריב"ל בכמה מתשו' דס"ל דאמרינן קנין אין כאן שבועה אין כאן והגם שרוב האחרונים פליגי עליה מ"מ יש מהאחרונים שסמכו על דבריו אבל באמת אין לסמוך על טעם זה אם לא בהצטרף איזה טעמים יען דשו' דעלמא דלא כמהריב"ל וכמ"ש הכנה"ג בתשו' ח"מ סי' א' וקל"ו ועי"ש

ב' והיא עיקר לע"ד היא מ"ש מהרי"ט בתשו' חיו"ד סי' כ"א דכל שהענין מעיקרו הוא במחלוקת ונשבע חייב לשלם מכח שבועתו אבל היכא שהקנין נעשה כדין ושוב אח"כ נולד ריעותא הואיל ונופקע הקנין הופקעה השבועה וכ"כ בח"א סי' ס"ב דמ"כ ע"כ עי"ש והרב אהבי"ב בסי' א' הנב"י סוף אות מ"ט הביאו מבלתי שום חולק יעו"ש גם הרב פרמ"א למד ממנו לנ"ד שהוא כנ"ד ממש בתחילת היושבין דל"ה ס"ס להחמיר כיון דהמחי' נתחדש אחרי השבועה וכתב דכל האחרוני' דפליגי אמהריב"ל מודו יעו"ש דר"ט ע"ד וקרוב לזה כתב שמ"ע סי' ע"ג שקב"כ עי"ש

ג' עוד יש לצרף לזה מ"ש בפמ"א שם דר"ו ע"א ומטי לה משמיה דמהרי"ט ח"א סי' ס' דע"כ לא אמרינן הע"ג דמדינא פטור חייב לקיים שבועתו דוקא באסמכתא ודשב"ל דמדין מתנה וזכה אח"כ אבל היכא שאם אחר שבטלו יכול אח"ך לחזור ולבטלו עכשיו שהוא תפוס נאמן לעכב מה שתחת ידו ואין כאן שבוע' ע"כ וכיון שהוא בא מכח קי"ל והלו תפס אח"כ אין מוציאין מידו אין כאן חיוב שבועה יעו"ש שהאריך והגם שהרואה יראה דלא דמי נ"ד דפמ"א לדמהרי"ט וכבר ראיתי להרב חשק שלמה סי' ס' הנב"י אות מ"ט שרמב ר' בפמ"א יעו"ש מ"מ נראה דבה אמרם

ד' עוד יש לצרף לזה פלוגתא דקמאי הידועה בטוי"ד סי' רל"ו דלרש"י והרמב"ם השבועה דאורייתא שחייבין עליה קרבן או מלקות ה"ד דהיכא שם או כינוי אבל אם נשבע בשמים ליכא מלקות אבל איסורא איכא ומ"מ הויא דרבנן וספיקא לקולא והנו אין נשבעין לא בשם ולא בכינוי ועיין בח' פ"מ ח"ב סי' נ"ן שהאריך בזה ודון מינה ואוקי באתרין גם הרב עדות ביעקב סי' סי' ל' הקל בספק שבועה משום שאין האמן תוקע כף עם הכל' אלא עם הש"ן ואף שלא סמך הרב על טעם זה לבדו מ"מ נצרף זה לצניף ובנ"ד נ"כ יהיה זה לצניף

ה' עוד ראיתי להרב בני אברהם חו"מ סו' סי' ט"ו שכ' וז"ל הא דקי"ל ס"ס להחמיר היינו דוקא בספק שקול אמנם אם רוב הפוסקים ס"ל דנתבטל השו' והמיעוט ס"ל דלא נתבטל אזלינן לקולא כיון דאיכא רוב לא ושא חמור מאיסור חלב אחרי רבים להטות עכ"ל וכלל זה נקטיה בידך ומזה אתה דן לכמה וכמה ספיקות ודוק וכן ראיתי להרב מערכי לב בח"א דרוש כ"ן דקט"ז ע"כ יעו"ש

ותצא דינא מכל הני טעמי שכתבתי לעיל זכ' הבעל ואין ליורשי האשה כלום ואין כאן ס' שבועה להחמיר כמש"ל וזהו הנלע"ד הצעיר

חיים מרדכי

לבטון

(א"ה) עיין להרב מור ואהלות ז"ל שגם הוא האריך הרחיב בענין זה מאה"ע סי' כ' ולבסוף העלה לענין הלכה כהרב המחבר נר"ו דזכה הבעל ואין כאן איסור שבועה כמ"ש ·

יג נשאלתי

לחוות דעי על איש שנולד בו הכפייה אחרי שנשא ואשתו אינה רוצה לישב עמו ורוצה לכופו שיגרשנה מהו הדין אם יכולים שב"ד לכופו שיגרשנה אם לאו יורה המורה ושכמ"ה ·

תשובה אומר אני דלענין אם יכול לכופה שתשב עמו ותשמשנו הדבר ברור ומוסכם שאינו יכול לכופה ואם כופין אותו להוציא כו' דבמחלוקת הוא שנוי שבתשו' הרא"ש כלל מ"ב בדין אשה הנכפי' נשא אם חייב בעלה לקיימה ושיב דאינו חייב שהרי אלו נולד מום זה באיש אין או' יכפו הנחה להיות אללו אלא כופין אותו להוציא באשה לא כ"ש ולא אחרים דגמ"ה על כיוצא בזה עפ"ר ומהר"ח בר יוסף ז"ל שם בתשו' הרא"ש כ' עליו וז"ל מאחר שרבי' יואל היה מסופק אין לי להכריע ע"כ וראיתי למוהרח"ש בתשו' אה"ע סי' נ"ג כתב ע"ז דמשום הא לא שבקינן ודאי של הרא"ש מפני ספיקו של הרב יואל וכו' אך במרדכי פ' המדיר דין כ"א כתב בשם ראבי"ה דאין ראיה להשיבו מום גבי איש דאשה בכל דהו ניחא לה ותדע דלא קתני נכפה גבי מומי האיש וכך שמע ראבי"ה מעשה באביו רבי' יואל ע"כ וזה ודאי פליגא אדהרא"ש עכ"ד הנה נראה מד' המרדכי דראבי"ה פליג אדהרא"ש וגם רבי' יואל דן ועשה מעשה דאין כופין דלא כמהר"ח בר יוסף שכ' שרבי' יואל מסו'

והנה מורם בשה"ע סי' קנ"ד ס"ה הביא ד' המרדכי בשם ראבי"ה דאין כופין אותה שתהיה עמו וכתבה בשם י"א ואח"ך כתב וי"א שכופין לגרש והיא סברת הרא"ש ע"ש נראה שדעתו כהרא"ש מדהביאה באחרונה ומהרח"ש שם אחר שהביא דראבי"ה פליג אדהרא"ש כתב וז"ל ואפשר דדוקא גבי איש כתב דאין כופין דאיתתא בכל דהו ניחא לה אבל באשה מום גדול הוא לה עכ"ל והרב משאת משה אה"ע סי' ט"ו כתב עליו ואני משיבתי ולא אכין דהרא"ש כתב בפי' דבאיש כופין אותו להוציא ואיך שייך לומר דלא פליגי עכ"ד ואחרי המחי"ר לא דק יפה בדברי מהרח"ש דבנ"ד נשאל על אשה שוטה דדמייא לנכפית ועל זה כתב דהרא"ש סבר דהוי מום ולא תקן רגמ"ה אכן דראבי"ה פליג ולכאורה סבר כמהר"ח בר יוסף דאפילו באשה נכפית פליגי ושוב כתב דאפשר דדוקא גבי איש סבר ראבי"ה דאין כופין ובהכי הוא דפליג על הרא"ש אבל לגבי אשה כ"ע לא פליגי דמום גדול הוא וא"כ בנ"ד דמהרח"ש כ"ע מודים והדברים פשוטים עוד כתב מהרח"ש גם לתקנת רגמ"ה איכא למימר דבכה"ג לא תיקן הגאון ע"ש והקשה הרב משאת משה הנז' דהא הרא"ש כיון דבאיש כופין ודאי ע"ז לא תיקן הגאון כראה הא אי אמרינן דאין כופין גם ע"ז תיקן הגאון ע"ש וגם זה לק"מ דהא ודאי כל כמה דאמרינן דלא לאפושי פלוגתא לא מפשינן ואם כן יכולין אנו לומר דגם ראבי"ה דפליג אדהרא"ש

באיש

כאיש משום דאתתא בכל דהו ניחא לה אבל באשה הוי מום ודאי ורמ"ה לא חילק כיון אפילו שזינו מום באיש וק"ל.

ואיך שיהיה הדבר במחלוקת בין ראבי"ה והרא"ש והנה המבי"ט ח"ג סי' רי"ב חשש לסברת ראבי"ה וכתב דאין כופין אותו לגרש ומהריב"ל ח"ד סי' י"ד אגב דבנ"ד היה נכפה קודם נשואין מ"מ כתב דבנולד אחר נשואין יש לאומר שיאמר שאין כופין וכו' דהיכא דאיכא פלוגתא אין בידינו לכפות. יעש"כ. וראיתי להרב הפו' מ"ש הרב אחד היה אברהם נר"ו שנטה דעתו שכופין אותו להוציא מטעמיה דהרא"ש שכתב דהוי סכנה ואם כן ראוי לפסוק כהרא"ש משום ספיקא דסכנתא דחמירא מאיסורא אזלינן לחומרא עכ"ד ואני אומר שהסמ"ת לא מכרעא דהא כל טעמא דסכנה היא דוקא כיושבת תחתיו ומשמשתו דחיישינן פן תדבקנו הרעה אבל השתא דכ"ע יודו דאין כופין אותה לישב עמו א"כ מהיכא תיתי הסכנה בדבר ולא כתבו הרא"ש אלא לאפוקי שלא תשב עמו וזה ברור עוד כתב הרב הפוסק נר"ו באופן דראוי לפסוק כהרא"ש הי משום דהכי דעת מרן דאנן בתריה גרירן בין לחומרא בין לקולא עכ"ד גם בזה אני אומ' דהאמ"ת דגם בזה לא מכרעא כלל דמרן לא גילה דעתו אלא בנכפית דאפשר דכ"ע יודו וליכא בה פלוגתא דגם ראבי"ה מודה אבל באיש דאתתא בכל דהו ניחא לה לא גילה דעתו.

(**א"ה** ולחק לבטון הי"ו עיין להרב הפוסק שנז' בספרו הבהיר מר ואהלות שהוא עצמו דקדק כן ויע"ש מה שתירץ). (אמר מנחם ס"ט עיין למרן החבי"ב בכנה"ג שם הגהב"י אות ה' שכתב וז"ל והואיל שלא הזכיר הר' המח' דברי הרא"ש ז"ל נראה דס"ל דראוי לתפוס לענין דלכה דאין כופין כדברי המרדכי וכו' יע"ש וכן כתב הרב פרי צדיק בסי' י"א יע"ש) עוד כתב הרב הפוסק נר"ו והרי כתב הכנה"ג בשם מהרח"ש דאין ספיקו של רבינו יואל וכו' ואני אומר שזה נדמה לו שלא ראה דברי מהרח"ש בשורשו שכתב דראבי"ה ודאי פליג אדהרא"ש וכמ"ש לשונו לעיל.

האמנם רואה אני דמאי דפשיטא ליה למהרח"ש בדעת ראבי"ה למהרי"ט ז"ל מספקא ליה שכתב בתשו' בח"א סי' קי"ג על עובדא דנ"ד דהויות בנ"ד באיש נכפה והביא דברי הרא"ש הנז"ל וכתב דראבי"ה נסתפק כמ"ש המרדכי בפ' המדיר ויע"ש מדבריו מוכח בבירור דגם לראבי"ה הוי ספיקא ונראה שדקדק כן מדכתב אין משם ראיה להחשיבו מום גבי איש וכו' דמשמע דאיכא ראיה להחשיבו מום וליכא ראיה להפך ואין לדקדק מדכתב ותדע מדלא קתני נכפה גבי מומי דאיש וכו' משמע דהוי ראיה גמורה דאין כופין דליתא מדכתב אחר כך ואין בידינו לכופו בלא ראיה ברורה ואם איתא טפי הו"ל למימר מדלא קתני נכפה גבי מומי דאיש ראיה ברור דאין כופין דאם איתא הו"ל למתנייה אלא ודאי דגם ראבי"ה דאפשר לדחות כדחיית הרא"ש דכ"ש הוא משום הכי כתב דאין ראיה ברורה לכופו ואיך שיהיה נראה דמהרח"ש ומהרי"ט פליגי בהבנת ראבי"ה דלמהרח"ש פשיטא ליה לראבי"ה הפך דעת הרא"ש ולמהרי"ט מספקא ליה לראבי"ה

אי כופין אי לאו ומ"מ אעפ"י שאכין מהרי"ט דראבי"ה מסופק מ"מ לענין מעשה כתב שם דף קמ"ב סוף ע"ד וז"ל אבל אין לנו ראיה ברורה לכוף על הגט בטענה זו להיות הדבר חמור מאד וראוי לכל חכם לברוח ממנו כבורח מן האש לבי נקפי בדבר מאחר שנסתפק ראבי"ה. גם ה"ר יוסף כ"ת שכתב הרא"ש אמר אחר שרבי' יואל נסתפק אין בידי להכריע ור' יוסף כ"ת גברא רבה וכו' מ"מ אם נחיישן הדבר הללו וגם הרופאים אמרו נוחש אם ורואה בעיני דבותינו חכמי הדור שלא לחוש לספיקו של ר"ו מפני ודאן של הגדולים אף אני אהיה סניף להם עכ"ל מהרי"ט ואם כן מאן שפין בדורותינו במקום שהראשונים לא מלאם לבם להקל וחשו לספיקן של ראשונים מי יקל כנלע"ד. (אמר מנחם ס"ט עיין להרב זכור לאברהם אבינדור ז"ל בסוף הס' בשמטות בפי"ד מה' אישות שכתב שגם מהרימ"ט להלכה אמרה למילתיה ולא עשה מעשה יע"ש ועיין בני יעקב בתשו' סי' ח' באמן שמואל סי' ס"ו וד' אהרן סי' קנ"ד הגהת הטור אות ה')

ולענין בגדיה ותכשיטיה שהוציאו לה בנדונייתה וגם מה שעשה לה הבעל והפסס בעת ואינו רוצה להחזיר לה עד שתבא אל ביתו הנה פשיטא דלענין בגדי נדונייתה שכופין אותו ומוציאין אותם מתחת ידו שהרי אפילו במזנה ומורדת אינה מפסדת בגדי נדונייתה דאם היא זינתה בגדיה מי זנו וכמבואר בדברי מרן אה"ע סי' קט"ו ס"ה ובזונה ובמורדת סי' ע"ז ע"ש וא"כ כ"ש וק"ו בנו של ק"ו בה"ג בנ"ד וא"כ הדבר ברור כשמש שמוציאין מידו. מיהו לענין הבגדים שעשה לה אחר הנשואין ראיתי למהרי"ט ז"ל שכ' דפשיטא ליה דמוציאין מידו ונותנים לה דלכ"ע דיכא בוה דיוציא ויתן כתובה אעפ"י שלא פרשינו לכוף ולהוציא שלא יהא גט מעושה מ"מ כתובה מ"ע לא נפיק מיניה יעוש"כ ונראה דס"ל לה' ז"ל דכי פליגי ראבי"ה ורבי' יואל אהרא"ש היינו דוקא לענין לכוף אותו לאיש להוציא בגט אבל לענין שיאמרו לו חייב אתה להוציא כ"ע ל"פ דאמרינן ליה שיוציא ויתן כתובה וא"כ פשיטא דמוציאין מידו בגדים ונותני' לה דאין דינה בזו כמורדת כיון שהיא באה מחמת טענה מספקת (ועיין חק"ל ז"ל חלק אה"ע סי' ל"ה ד"ע ע"ג. וגם לענין מזונות פשיטא ליה להרב ז"ל שחייב לזונה והיא בבית אביה וכ"ש אם בנים הדברים בנ"ד כאשר יאמרו קרובים דאינו יודע להרויח לזונה מחמת שעמום שנולד בו פשי' שדינו שיוציא ויתן כתובה והגם אם יאמר אביו שתבא אצלו ותזון עם בנו אין בטענה זו ממש כאשר כתב מהרי"ט בנ"ד שהוא כנ"ד ממש יע"ש באורך שנלע"ד כתבתי הצעיר

חיים מרדכי לבטון ס"ט

שייך לחי"ד

טז אנחנו ב"ד החו"מ נשאלנו להבין ולהורות על ענין מס הפארדי"ה שהוטל על שקרקעות מזה שמנה שנים והדבר ידוע ומפו' שהממון

שהממון של הפרדי'א הלז עיקר יסודו היה מוטל אקרקפתא דנכרי שהטילו שרו של מצרים בימי היותו שוטר ומושל בערי סורי"א והגפים ואחר שהלך לו וחזר הדבר לשרי המלך הוא מלכינו יר"ה ות"מ נשארו המסים אשר התקין ותירש השר של מצרים בהווייתן בליבונן ובקומתן ושוב אחר זמן מה שעלו ובאו שרי המלך לערי סוריא ביקשו עמי הארץ להקל מעליהן הפירדיא הנז' אשר היתה מוטלת אקרקפתא דנכרי כי המה ראו כי היא שיתה עול בכר תלוי בצווארם מכתה טעמי ותר מינייהו עיקר כי בעת שהוטל מס הפרידו'א הנז' גזרו אומר שהעשיר לא ירבה מסך ת"ק גרוש לשנה אפי' שיהיה בתכלית העושר ואפי' אם יהיה לו בתים וקרקעות רבו מספר וגנות ופרדסים וכו' ובהיות כן גם האמצעי אשר חננו אלהים קנת עושר שם לו כסף ת"ק גרוש לשנה כשומת העשיר המופלג בעושר ומזה הדבר נולד ריב ומדון בין אנשים בני ברית ואחינו כ"כ הנה כי כן הסכימה דעת רוב אנשי העיר להטיל המסך של הפ'יירדייא הנז' על הקרקעות ושיבכו בכל העיר על הבתים אשר בתוכה ושמו אותם כמה שוה כל חצר וחצר שכירותו לשנה והטילו שיעור המס של הפירדייא הנז' בפי שומת השכירות של הבתים ועלה עלה שיעור הסך הפירדיא הנז' כשיעור ט"ו גרוש לכל מאה גרוש של השכירות הן חסר הן יתר.

והנה כאותם הימים שהיה מטיל מס הפירדיא אקרקפתא דנכרי מעולם לא נתן שום ת"ח קטן וגדול במס הנז' יען כי מן הדין פטירי ועטירי כל הת"ח ממסים וארנוניות וכן נהגו בכל תפוצות ישראל הקרובים והרחוקים דמנהג כלו והלך לא שליט למרמא עליהם והנה כעת'ה אשר נתגלגל הדבר והוטל על הקרקעות באו לכלל הספק בכמה דרכים ראשונה אם הת"ח שיש לו חצר ובתים שהוא דר בהם ובעת השומא נכנסו לבית הת"ח כשאר אנשי העיר ושמו את בתיהם בכך וכך לשנה אם פטורים הת"ח ממס זה ואם תמצא לומר דבכה"ג הדבר פשוט דהת"ח פטירי ועטירי בלי שום ספק מ"מ יש להסתפק בת"ח שיש להם איזה בתים בחצריהם ובטירותם והם משכירים אותם לאחרים אם חייבים הם או השוכרים מהם ליתן במס הנז' כפי שיעור השכירות שמושכר הבית הנז' לאחרים או לאו דגם בהלו פטורים וחייבים בני הקהל או בני המהאליה ליתן בעבורם.

והנה בדבר זה רבים מהת"ח אשר מתחילה ורא"ש הסכימה דעתם שלא להכביד עול על הקהל ושיו מתנים עם השוכרים בתנאי מפורש קודם למעשה שהשוכרים הם יתנו המס הנז' וכפי שיעור דמי השכירות אך יש ביניהם שלא חשו לדבר ופטרו הם את השוכרים ממס הנז' כי לפי דעתם המה פטורים מכל וכל גם על הבתים המושכרים ועל זה נשאלנו לדעת שורת הדין להיכן נוטה עוד יש להסתפק על הת"ח שאין להם בתים מקנת כספם והנה כי כן דרים בבתי אחרים בשכירות שהם חייבים הם במס הנז' ובשיעור השכירות שלהם ויען כי אם יקחו המס מבעלי הבתים הא ודאי שבעה"ב יוסיף בשכירות בשיעור המס וסוף כל סוף נמצא שניתן המס מכיסן של הת"ח וגם על הדבר הזה נשאלנו לדעת ביצד הדין נותן.

ואנן כדיהן אחרי שלמדנו בדברי הפוסקים ראשונים ואחרונים הנה מצאנו לפרט הא' דהיינו על בתי הת"ח שהם דרים בהם ואין לזרים אתם הא ודאי פשיטא ופשיטה בביעתא בכותחא דפטירי ועטירי הת"ח וחייבים המה בני העיר לפרוע בעדם מבלתי שום פולה פה ומצפצף. אכן מי שיש לו בחצירו דיורים להשכיר לאחרים האם יפטרו השוכרים מן הדין מחמת שבעל החצר הוא ת"ח הא ודאי דבכגון דא צריכה רבה דנראה דאין כאן מקום פטור להשוכר ויפה עשו הת"ח שהתנו תנאי גמור ומפורש עם השוכרים שעליהם ליתן שיעור המס העולה על קצב דמי השכירות והוא מן הדין שנמור. ולענין הת"ח השוכרים בבתי החצרים של אחרים בשכירות יען שעיקר הדבר היה מוטל אקרקפתא דנכרי והן הם ע"י בקשתם החליפו של זה בזה ונתנו המס שעליהם על הקרקעות הרי חייבים הק"ק של בני המהאלי'ה (ר"ל בני מבוי) שלהם ליתן בעדם ולפי ערך שומת החצר שהוא דר בה כאשר העריכוה גבאי המס. ולהיות שהדין דין אמת כתבנו וחתמנו שמותנו פה לוכ'א יע"א ר"ח חשון שנת הת'ר ואחת ועשרים.

הצעיר	הצעיר	הצעיר
חיים מרדכי לבטון	רפאל שלמה נחמה	שלום באספי
ס"ט	ס"ט	ס"ט

בזמן

ח"מ סי' א' וב'

סי' א' ס"א בזמן הזה וכו' כתב סמ"ע ס"ק ה' כתב הטור דאיתא פ"ק דסנהדרין א"ר אשי אשר תשים אשר תלמדם מ"ל אלא אלו כלי הדיינין וכו' ומקשים על המחבר ומור"ם שהשמיטוהו וכו' ואפשר דס"ל דלא הוצרכו לזה אלא לדיינים סמוכים. ע"כ והנה אמת נכון הדבר ליישב דעת מרן אבל להרמב"ם שדרכו להביא גם דינים דלא נהיגי בזה"ז אכתי קשה למה השמיטו ומוה"ר מהרש"ל בס' ים של שלמה ד"ח ע"א הי' דס"ל דדוקא לאותו הדור הוא שנצטוה משה להשים לפניהם ע"ש ולע"ד אנ"כ מההיא דרב הונא דא"ל הפיקו לי מאני תנותאי וכו' דמש' דגם בכל דיין צריך שיהו מזומנים לפניו ואולי דס"ל דר"ה לאו מתורת חיוב מדרשא דר"י קאת עושה כן אלא לרווחא דמילתא עביד הכי והשתא דר"י דוקא לאותו הדור ודוחק ונ"ע אך ק' דהאי כל דיין מחוייב לעשות כן מאי חידושא הא הש"ס לאשמועי' בההיא דרב הונא הא כל דיינא בעי למעבד הכי וי"ל דמההיא דר"י הוה דאין צריך שיהיו מזומנים במושב הב"ד בדוקא אלא שיהו הכלי' מזומנים לדיין בביתו לעת שיצטרך להביאם ולכך קביא דר"ה דכי הוה נפיק לדינא וכו' דתכף שהיה רוצה לילך לב"ד הוה א"ל הפיקו לי וכו' דהיינו שיהו מזומנים במושב הב"ד ובזה ניחא קושיי' הט"ז על דברי הטור שהביא דברי רבינו האיי וז"ל איכא למידק מאי קמ"ל ר' האי הא הכי איתא בש"ס וכו' ע"ש ולפי מ"ש לק"מ דמההיא דר"י ליכא למשמע דצריך שיהו במושב הב"ד אלא שיהו מזומנים בבית הדיין לעת הצורך קמ"ל ר' האי דצריך שיהו במושב הב"ד מההיא דר"ה ולא נימא דגם ר"י לרווחא דמלתא עביד הכי אלא דצריך לעשות כן וק"ל ולעיקר הקושיא דאמאי השמיטוהו הרמב"ם ומרן נ"ל דס"ל דהאי דרשה דרבים ר"י מההיא דאשר תשים אשר תלמדם מ"ל אצטריך לדרשא אחרינא וכמ"ש הרא"ש בפ' משפטים כד"א לא תעלה על דעתך לומר השנה וכו' ז"ל אבל מאי דכתיב אשר תשים ולא כתיב אשר תלמדם כבר דרשו בו מכאן שיש' חייבין לשנות הפרק וכו' מלשון שימה בפיהם וכו' ע"ש והוא בעירובין דנ"ד ופסקה הרמב"ם בהלכו' תפלה ומרן בש"ע י"ד ·

ב' שם וירושות ומתנות וכו' כ' הע"ש ז"ל שגם מתנות בכלל חסרון כיס הם דהאי לאו דהוה ליה הא מיניה לא יהיב ליה מתנה ע"כ ק"ק לטעם זה דא"כ תינח מתנות אבל ירושות מאי איכא למימר ונראה עיקר מ"ש הסמ"ע דבירושות ומתנות לפי דברי התובע יש בהם ח"כ ור"ל כיון שזכה כבר בירושה ומתנה זו הרי הוא כמחסרו ממון מכיסו והוי טעם כעיקר לירושות ומתנות וק"ל ·

ג' שם אבל דברים וכו' כגון בהמה וכו' כתב ש"ך וה"ה נזקי בור ואש רש"ל פ"ח סי' ה' עיין הב"ח פרק הכונס ע"כ ולע"ד אנ"כ ממ"ש הטור ומרן דיני אש ובור בסי' ת"י ותי"ח ע"ש ואין מדרכם להביא דינים דלא נהיגי ועוד מבואר בש"מ בדברי הרמ"ה בפרטיו ומדברי הרב המאירי ז"ל דדיני אש ובור דנים ע"ש ודלא כמהרש"ל וק"ל

ד' סימן כ"ה בגמרא סנהדרין דל"ג ע"א דיני

ממונות מחזירין וכו' ורמינהי דן את הדין וכו' עד סוף הסוגייא דהתם ואין צורך להעתיק ולהאריך הדברים · והנה בסוגייא הלז אית בה כמה פרושי' ואוקמתי לרבוותא קמאי ואיכא בינייהו לענין דינא ואשר ע"כ הוצרכתי להאריך קצת ואגב אעלה כאן מה שהעלה מצודתי · לפי קוצר שכלי ומיעוט השגתי:

הנה השטה הראשונה היא לרבינו הגדול הרי"ף ז"ל בהלכות דהוא ז"ל פסק כרב חסדא דפריש להני מתניתא בין נשא ונתן ביד ללא נשא ונתן ביד דמתני' דתני מחזירין בלא נשא ונתן ביד ומתני' דבכורות דתני מה שעשה עשוי בנשא ונתן ביד וכתב דטעמיה דרב חסדא הוא משום דחיישי' לפסידא דבע"ד ואם כן היכא שנשא ונתן דחייב לשלם קם דינא ובלא נשא ונתן דפטור מלשלם אז חוזר הדין משום פסידא דבע"ד ועפ"י זה כתב דהיכא דטעה הדיין בשיקול הדעת אית בה חמשה בבי דאי טעה בדבר משנה פשיטא דקי"ל דחוזר הדין כדמשמע סתמא דתלמודא בכמה דוכתי דטועה בדבר משנה חוזר אבל בטעה בשיקול הדע' יש לחלק והוא דהיכא דאיכא תרתי לטיבותא שהדיין מומחה וקבלוהו הבעלי דינים עליהם או דנקיט רשותא מריש גלותא כתרוויהו אעפ"י שנשא ונתן ביד פטור מלשלם וכיון דפטור חוזר הדין משום פסידא דבעל דין · והיכא דאיכא תרתי חדא לטיבותא וחדא לריעותא כגון מומחה דלא קבילוהו או דלא נקיט רשותא או הדיוט וקבלוהו בזה יש לחלק בין נשא ונתן או לא דהיכא דנשא ונתן ביד חייב לשלם ובהכי מיירי עובדא דמר זוטרא לעיל דף ה' דאמר ליה רב יוסף אי לא קבלוך עלייהו זיל שלים דאיירי בנשא ונתן ביד ולהכי משלם ורישא דבכורות בהכי איירי כדאוקמא רב חסדא ובלאו מומחה היא מדקתני סיפא ואם היה מומחה תש' דרישא בלאו מומחה ובקבלוהו איירי מתני' כדאוקמה רבי אבהו לעיל ומשום הכי אמרינן דקם דינא כיון דמשלם מביתו משום שנשא ונתן ביד אבל לא נשא ונתן ביד פטור אך משום פסידא דבעל דין חוזר הדין וסבר הרי"ף דבמאי דאמרי' אם לא נשא ונתן ביד פטור לא מבעיא אם אפ' להחזיר דפטור אלא אפי' אם א"א להחזיר פטור דא"כ אין לך אדם שאינו מומחה שיעשה דיין לעולם אפי' בקיבלוהו והיכא דאיכא תרתי לריעותא דהיינו בהדיוט ולא קיבלוהו דיניה לאו דינא אפי' אם לא טעה וכ"מ כמ"ש הטור ח"מ סי' ג' יע"ש ואי טעה ואנים ליה לבע"ד ונשא ונתן ביד משלם מביתו והדר שקיל מבעל הדין כיון דדיניה לאו דינא כלל וה"ה לא נשא ונתן ביד וא"א להחזיר ויפסיד מביתו דככה"ג דיינינן דינא דגרמי זו היא שי' הרי"ף

השיטה הב' היא להרמב"ם ז"ל בפ"ו מה"ס ואחריו נמשך מרן בש"ע סי' כ"ה דהוא ז"ל פסק כהרי"ף בכל דבריו אך במאי דסבר הרי"ף דבדאיכא חדא לריעותא אם לא נשא ונתן ביד דפטור מלשלם אפי' אם א"א להחזיר חייב לשלם בזה חילק הרמב"ם וס"ל דבחדא לריעותא אפי' שלא נשא ונתן ביד אם א"א להחזיר חייב לשלם לכולהו

ולכולהו אין לחלק בין אם יש גדול לאין גדול דהיכא דחוזר הדין כגון הנך גווני דהתיבנא דהיינו בדאיכא תרתי לטיבותא אפי' נשא ונתן ביד וכדאיכא חדא לטי' דוקא בלא נשא ונתן ביד חוזר הדין כל זה אפילו אין גדול הימנו להחזירו **השיטה הג'** היא להר' בעל המאור בהשגותיו על הרי"ף דהוא ז"ל פסק כדברי הגאון שהביא הרי"ף דליתא לדרב חסדא משום דקושיא בבכורות דלחייו מדרבי מאיר אוקמה רב אלעאי בנשא ונתן ביד וכן הוא בכ"ק ד"ק ופסקא דקי"ל כר"מ דדאין דר"ג דינא הוא אפי' בלא נשא ונתן ביד חייב וכרב יוסף וכרב נחמן והר"ש קי"ל דל"פ אהדדי ומילקנוהו לדיני כד' כבי בבא א' וכ' היכא דאיכא תרתי לטיבותא דהיינו כמומחה וקבילוהו או דנקיט רשותא או תלתא דאיכא חד בינייהו מומחה אע"ג דלא קבילום ולא נקיט רשותא בכולהו בין יש גדול מהם בין אין גדול מהם פטורין מלשלם אך לענין חזרת הדין יש חילוק דהאין גדול הם דינא וביש גדול חוזר הדין בבא תליתאה דאיכא חדא לטיבותא כגון מומחה דלא קיבלוהו או הדיוט וקיבלוהו או תלתא דאיכא חד בינייהו דגמיר ולא סבר אע"ג דקיבלום עליהם כמ"ד בכלהו אפי' יש גדול מהם הם דינא וחייבים לשלם והיינו מתני' דבכורות דקתני מה שעשה עשוי ומשלם דבלא מומחה וקיבלוהו מיירי כדאוקמא רבי אבהו לעיל **בבא ד'** היכא דאיכא תרתי לריעותא כגון הדיוט דלא גמיר ולא סביר אע"ג דקיבלוהו דהשתא מקרי או הדיוט דגמיר ולא קבלוהו דיניה לאו דינא ואפילו דנשא ונתן ביד דהבע"ד פשע בעצמו שסמך עליו ואם כפאו לבע"ד ונשא ונתן ביד אם אפשר לחזור חוזר הדין ואם אי אפשר להחזיר חייב כדין גזלן זו היא הבעל המאור בטועה בשיקול הדעת וכטועה בדבר משנה דדינא הוא דחוזר ס"ל להמאור דהיכא דא"א להחזיר אפילו אם נשא ונתן ביד הדיין פטור דטעמא משום פשיעותא דבע"ד דלא הו"ל למסמך עליה כך היא דעת הרשב"א בתשו' כי כתה בב"י סי' כ"ה ע"ש **השיטה הד'** היא להרמב"ן בס' המלחמות שהשיג על בעל המאור ופסק כר"ח כמו שפסק הרי"ף חדא דהוא מסקנא דשמעתא ועוד דרבינא דהוא בתרא הדין למילתיה אך אמנם כתב על דברי הרי"ף והי לאו דמסתפינא מיניה הו"א דטעמיה דר"ח דמחזירין לאו משום פסידא דבע"ד אלא משום דכל היכא דלא עביד עובדא לא אלים לתהוי דיניה דין כיון דטעה וכיון שכן כמומחה ונקיט רשותא או דקבלוהו דפטור אפילו נשא ונתן ביד לא הדר והדין הוא פשטא דשמעתא דפ"ק ופשטא דמתני' דבכורות ואם היה מומחה לרבים פטור אלא שכבר הורה זקן עכ"ל ולכאורה פשט דברי הרמב"ן נראים דכמומחה וקבלוהו או נקיט רשותא אם לא נשא ונתן ביד אפילו שנגמר הדין עפ"י הדין חוזר הדין כיון שלא נשא ונתן הדיין ביד ממש אך הר"ן ז"ל כתי' לשנהד' הכין כדעת הרמב"ן דכל שנעשה מעש' על פי הדין אין מחזירין הדין אפילו אם לא נשא ונתן הדיין ביד ממש בין אם הדיין פטור כגון דאיכא תרתי לטיבותא או בחדא לטיבותא ולא נשא ונתן בידו שהוא פטור דלא דייניגן דינא דגרמי בדיין ובהא לא איירי ר"ח אלא דפירש דמתני' דקתני מחזירין בשלא נעשה מעשה על פי הדיין ודיין מומחה דפטור מן התשלומין היינו בדגמיר וסביר או שלשה הדיוטות שהם מלומדין לדון עכ"ד הר"ן · נמצא לפי זה דעת הרמב"ן בדאיכא תרתי לטיבותא דהיינו מומחה וקבלוהו או נקיט רשותא אפי' נשא ונתן בידו ממש פטור וכ"ש אם לא נשא ונתן ביד ממש אלא שנגמר הדין עפי"ה דפטור וגם הדין דין כיון שכבר נעשה מעש' ומומח' דלא קבלוהו או דלא נקיט רשות' אם נשא ונתן ביד ממש חייב וקם דינא ואם לא נשא ונתן ביד אלא שנעשה מעשה על פיו קם דינא ופטור אבל אם לא נגמר הדבר או הדר דינא ובהכי מיירי מתני' דקתני מחזירין · ודיין מומחה דגמיר וסביר וג' הדיוטות דאיכא בינייהו חד דגמיר שוים · והיכא דאיכא תרתי לריעותא הדיוט דלא גמיר ולא סביר ולא קבלוהו דיניה לאו דינא וכקבלוהו הוי כדהתיבנא אפילו בלא גמיר ולא סביר ודלא כהמאור זו היא שיטת הרמב"ן **השיטה הה'** היא להרב בעל העיטור דהוא ז"ל פסק כר"נ ור"ש וכדכתב בעל המאור אך בזה חולק עליו דבשלשה הדיוטות דאיכא בינייהו חד דגמיר ולא סביר אם קבלום פטורים מלשלם ודלא כהמאור דס"ל דחייבים בכה"ג ועוד היכא בינייהו דבדנקיט רשותא אע"ג שאינו מומחה פטור משא"כ להמאור דבהדיוט אי אפשר למנקט רשותא עיין בבעל העיטור אות פסק דין דכתב כל זה באורך אך אין כונתי להאריך הדברים זו היא שיטת בעל העיטור **השיטה הו'** היא להרא"ש ואחריו נמשך בנו הטור בסי' כ"ה ורבינו ירנ"ח דהוא ז"ל נ"כ פליג על הרי"ף דפסק כר"ח והוא ז"ל פסק כרב נחמן וכרב ששת וס"ל דבדאיכא תרתי לטיבותא דהיינו מומחה וקבלוהו או נקיט רשותא או ג' הדיוטות וקבלום וטעו בשיקול הדעת אפילו נשאו ונתנו ביד אפילו יש גדול מהם קם דינא ופטורים וזה דלא כהמאור דס"ל דביש גדול חוזר הדין וגם בג' הדיוטות סבר כה' העיטור דבקבלום פטורים דלא כהמאור והיכא דאיכא חדא לטיבותא חייבים לשלם אפילו יש גדול מהם אפילו לא נשאו ונתנו ביד והיכא דהוו ג' והיכא בינייהו חד מומחה דגמיר וסביר ולא קבלום עליהם וטעו משלמין כין שלשתם ואי גמר דינא כקרי דחד מנייהו מומחה משלמי הנך תרי הכל וזה נ"כ דלא כהמאור דס"ל דבדאיכא חד דגמיר וסביר בינייהו פטורים מלשלם · ההדיוט דגמיר ונקיט רשותא דינו דין ופטור אפילו נשא ונתן ביד וזה גם כן דלא כהמאור אלא כהעיטור והיכא דאיכא תרתי לריעותא אפילו לא טעה דיניה לאו דינא **השיטה הז'** היא להרא"ש הביאו הנמק"י דפסק כבילהו אוקמתי וס"ל דבין כמומחה וקבלוהו או כנקיט רשותא ובין בהדיוט וקבלוהו אם יש גדול הימנו מחזיר הדין אם לא נשא ונתן ביד דהיינו שלא נגמר הדין על פיו דמר אמר הדא ומר אמר חדא ולא פליגי ובשאין גדול אינו חוזר אפילו לא נגמר הדין ואם נגמר הדין אפילו יש גדול אינו חוזר וכ"ז שוה בין כמומחה בין בשאינו מומחה דקיבלוהו וכן בשלשה סמוכים וכן בג' הדיוטות ולענין תשלומין היכא דחוזר הדין ליכא תשלומין אפילו אי אפשר להחזיר והיכא דקם

דינא כגון דליכא גדול או כגמר הדין או איכא תרתי לטיבותא פטורין ואי איכא חדא לטיבותא כגון מומחה או ג' הדיוטות דלא קבלום או הדיוט וקבלוהו חייבים וג' מומחים פטורין לעולם דמדאו' אית להו רשותא וכל זה הוא בלא נשא ונתן הדיין ביד ממש אבל עשה מעשה בידים חייב ואפי' בג' סמוכים ואפי' בטועה בדבר משנה או אית ליה ליה לשלומי חייב דמזיק הוא ע"כ וזו היא שיטת הרא"ש ז"ל **השיטה הח'** היא לרבינו ישעיה הראשון מטראני בס' המכריע שלו סי' ל"ב והנה בפי' מילתיה דרב נחמן דאמר כאן שיש גדול כאן שאין גדול הוא חולק על הפוסקים הנז' לעיל וגם על רש"י ותוס' דכלהו דבוותא אם יש גדול מחזיר ואם אין גדול קם דינא אך להרימ"ט ז"ל הדבר בהפך דאם הוא גדול ואין גדול הימנו הא יש לו כח להחזיר הדין אבל כשיש גדול הימנו אין בידו כח לחזור את דינו וקם דינא וכן מצאתי לרבינו יונה בחידושיו לסנהדרין בס' שם חייב דף מ"כ ע"ד שפירש כן בפי' קמא יע"ש אך לענין הלכה פסק כהרא"ש דמחלק בין טועה בדבר משנה לטועה בשיקול הדעת דאין הדין חוזר אלא דוקא בטועה בדבר משנה אבל בטועה בשיקול הדעת אם הוא מומחה וקבלוהו או נקיט רשותא קם דינא ופטור ואי לית ביה חדא לטיבותא כגון מומחה בלא קבלה או הדיוט בקבלה קם דינא וחייב ואפילו אם אין גדול הימנו אינו חוזר הדין ושיטה זו אזלא כס' הרא"ש ממש אלא דאיכא בינייהו דלהרא"ש איכא הדיוט ונקיט רשותא דפטור אבל להרימ"ט א"א נקיטת רשות להדיוט דלא נקט שום נקיטת רשות אלא במומחה ע"ש וכזה אזיל בסברת המאור ועוד איכא בינייהו דאם קבלום בין לדין בין לטעות מדברי הרא"ש נראה שסך קבלה לא מועיל אלא לטועה בשיקול הדעת ולהרימ"ט מפורש יוצא דבך קבלה מועיל אפילו בטועה בדבר משנה ואפי' אם קבלום עליהם שידונם לפי דעתם וטעו בד"מ מה שעשו עשוי ופטורים מלשלם · **השיטה הט'** היא לאחד מגדולי האחרונים הוא הכהן הגדול הרב שבתי כהן ואכתוב תמצית דבריו בקיצור ורוב דבריו הם מיוסדים על פי סברת הרב המאור ופסק דבדאיכא תרתי לטיבותא דהיינו מומחה וקבלוהו או נקיט רשותא אם אין גדול קם דינא ופטורים ואם יש גדול כזה דוקא הוא דמחזיר ואפילו נשא ונתן הדיין ביד ואם א"א בחזרה פטור הדיין אבל בחדא לטיבותא כגון הדיוט וקבליהו או אפי' מומחה ולא קבלוהו אין הגדול מחזיר כלל וחייבים לשלם אפי' לא נשאו ונתנו ביד וכ"ז כס' המאור וכג' הדיוטות דאיכא בינייהו מומחה דגמיר וסביר הגדול מחזיר כס' המאור ואם אין גדול מהם אפי' יש ביניהם חד מומחה כיון דלא קבלום בע"ד חייבים לשלם וזו כס' הרא"ש דלא כהמאור דס"ל דבכה"ג פטורים · וכג' הדיוטות דאיכא ביניהו חד דגמיר דוקא אפילו יש גדול מהם קם דינא ואפילו קבלום עליהם וטעו חייבים כס' המאור ובהדיוט דלא גמיר ולא סביר וקבלוהו מה שעשה עשוי וזה דלא כהמאור דס"ל דבהדיוט גמור אפי' קבלוהו הדרה מקרי והויה לאו דינא אלא כסברת הרמב"ן במלחמות דאין לאחר קבלה כלום אפילו בהדיוט גמור דלא גמיר ולא סביר וזו היא שיטת הרב ש"ך

ואחרי הודיע אלהים אותנו את כל זאת תמיה אני על מה שראיתי להר' בית יעקב בתשו' סי' ל"ז שנשאל על ראובן ושמעון שנתדיינו לפני דייני עירם ואח"כ בא חכם מחוץ לעיר וא' הדיינים טעו ותוך ראובן לפני הדיינים והם מחזיקים בדבר' אם הדין חוזר אם לאו ואת"ל דמודו דטעו חוזר הדין אם לאו והרב ז"ל פתח בתשו' ולא חקר אם אלו הדיינים נשאו ונתנו ביד אם לאו או אם יש ביניהם חד מומחה דגמיר וסביר או לאו או אם קבלום בע"ד עליהם או דנו בכפים רק הביא סוגיין דסנהדרין ותי' על ר"נ דקאמר כאן שיש גדול כאן שאין גדול ולפי"ז אם אותו חכם אינו גדול מהם אפי' הם מודים לדבריו דוקיהם דין עור כ' ונראה דאם הדיינים הם ג' אפי' החכם גדול מהם קם דינא דחכם מומחה כג' הדיוטות דמי ובסוף התשו' כתב ואע"ג דכ"ז הוכחתי מתירוצו של רב נחמן מ"מ אין שום חולק על סברתו שאחר שנפסק הדין לא ליית בבע"ד לאהדורי עובדא וכו' מ"מ מבואר דבאין גדול לדברי הכל אין מחזירין וכו' עכ"ל ואחרי נשיקת עפרות רגליו דבריו נפלאו ממני חדא דלהרי"ף ז"ל ולהרמב"ם ולמרן העיקר תלוי בין נשא ונתן ביד אם לאו ואם בכ"ד לא נשא ונתן ביד הדין חוזר אפי' אין גדול מהם ואם ג' הדיוטות אלו יש ביניהם מומחה ג"כ הגדול מחזירם כס' המאור וכהסכמת הש"ך ואם עדיין לא הוציאו ממון מיד הנתבע כמו שנראה מתוך תשובתו כזה להרמב"ן אליבא דהר"ן נ"כ הדין חוזר ותימה הוא איך פסקים לדינא בסכינא חריפא היכא שיש מחלוקת בין גאוני עולם וכתב דלדברי הכל אין הדין חוזר ובאמת אי אתינא למיקם עלה דמלתא מכח קי"ל הא ודאי דיכול הבע"ד שלא להחזיר הדין דיכול לומר קי"ל כהרא"ש והעיטור והרימ"ט ושאר הפוס' אבל אם עדיין לא יצא הממון תימה דאדרבא איפך הוא דמוחזק ויכול לומר קי"ל כס' רוב הפוסקים בשא דהדין חוזר ולקמן עוד אבאר בזה באורך אם יעזור ה' וכ"ע

ומעתה אלכה לי ואשובה על ראשון ראשון לחזות בנועם שיח כל סברא וסברא מסברות הפוסקים הנז"ל על מה אדניה הוטבעו ולא נצרכה אלא לפלפולא בעלמא עם כי ידעתי מיעוט ערכי השפל כי מי אנכי להכניס ראשי בין הרים גדולים אבן תורה היא ואענה אף אני חלקי אשר יורוני מן השמים ותחלה וראש נוכין ונדון בס' רבי' הגדול הרי"ף ז"ל ונבאר גירסת הרי"ף ז"ל בסוגיין כי הוא ז"ל גריס הכי ורמינהי דן את הדין וכו' אמר רב יוסף ל"ק כאן במומחה כאן כשאינו מומחה כמומחה משלם ובשאינו מומחה חוזר ומתננה תלמודא מומחה והא קא תני סיפא אם היה מומחה לרבים פטור אמר ר"ן ל"ק כאן שיש גדול כאן שאין גדול וכו' זו היא גירסת הרי"ף ובודאי דפי' דגמ' לפי גי' זו הכין הוא דביש גדול ממנו קנסינן ליה ומשלם ובאין גדול פטור והנה על גי' זו קהו קמאי טובא ס"ה הגאון הרימ"ט בס' המכריע והעיטור והרא"ש והר"ן והנימוקי' ורבי' יונה ונידחם קראו לה וכדי דלא לשוויה להרי"ף ז"ל טועה ח"ו אמרתי העלם

הענין מן הישוב לקו' הראשונים לפי חומר שנושא הנה הרימ"ט ז"ל כתב על דברי הרי"ף והינו כו' לו מכמה קושיין חדא דבספרים כתוב וכמומחה מחזירין והיכהו לא גרסי אלא מומחה כלחוד ותו היכי מצו לאוקמא להא דבכורות כמומחה והא מדקתני סיפא ואם היה מומחה מכלל דרישא לאו מומחה ואי אמרת רישא מומחה דלא נקיט רשותא וסיפא דנקיט כי אקשינן מסיפא אמאי לא פריך הכי ע"כ ודקדוק זה עצמו ג"כ מצאתי למרדכי בריש מכילתין שכתב שם ומתני' דבכורות מיירי כשאינו מומחה מדקאמר בתר הכי ואם היה מומחה לרבים מכלל דמעיקרא מיירי כאינו מומחה ע"כ ולדידי אחרי נשיקת עפר כפות רגליהם אין זה כדאי לדחות דברי הרי"ף חדא דלפי ס' הרי"ף זו היא שקשה ליה לתלמודא מומחה ר"ל דמי מצית לאוקמה כמומחה והא קתני סיפא ואם היה מומחה מכלל דרישא לאו מומחה ומתילא קשיא כמי דברישא תני ישלם ובסיפא תני פטור ואי עיקר קושיין אדמשלם דוקא הו"ל לש"ס לומר וכמומחה משלם והא קתני סיפא פטור אלא ודאי מדקאמר מומחה ודקתני סיפא משמע דהתרתי קשיא ליה ועלה פריק ר"ן דודאי תרוייהו כמומחה ומאי דתני סיפא אם היה מומחה היינו דאין גדול הימנו לאפוקי רישא דיש גדול ולהכי משלם א"כ כפי מ"ש הגי' דמה שתירץ ר"ן כאן שיש גדול היינו דקאמר ר"י כאן כמומחה דהיינו אותו גדול שע"כ הוא מומחה ומש"ה קנסיה לדיין לשלם כיון שיש ע"כ מומחה וכאין גדול חוזר הדין כשאינו מומחה וכמומחה פטור ואי כונתם דמעיקרא דקארי לה מאי קארי לה הא ודאי ל"ק כלל דהא הרואה יראה כתו' במכילתין ד"ה כר"ם ואם היה מומחה לרבים וכו' שכתבו וז"ל הא דפריך לקמן לרבי אבהו מההיא דדן את הדין ה"מ לשנוי דמיירי ביחיד מומחה ע"ש ועיין בדבריהם במהרש"ל ומהרש"א ע"ש וא"כ שפיר מצינן לאוקמי ההיא דבכורות גם רישא במומחה וסיפא איירי בסמוך כפי' מהרש"ל או דאיירי סיפא בקיבלוהו והיינו שהמחוהו רבים עליהם וכי תימא הכי אמאי לא אוקמה הכי בקו' הגאון הרימ"ט הא ל"ק להרי"ף לכך דגם לגי' דילן קשייא אמאי לא מוקי מתני' דקתני מחזירין במומחה בלא קבלה וסיפא דבכורות שהמחוהו רבים עליהם ומש"ה פטור ורישא דבכורות בהדיוט אך באמת הא ל"ק כלל לגי' דילן חדא דאין סברא לומר דמתני' דמחזירין הוי טעמא משו' שלא קיבלוהו דאדרבא איכא למימר דישלם מביתו ועוד טעם דעיקר היא רישא דבכורות במומחה בלא קבלה היינו מתני' דקתני מחזירין ואי בהדיוט ובלא קבלה אדרבא דיניה לאו דינא כלל ואי בהדיוט וקבלוהו הא הוי דומיא דמתני' דמומחה בלא קבל' והדיוט בקבלה דין אחד להם אכן לגי' הרי"ף קשייא נימא דרישא דבכורות מיירי במומחה בלא קבלה ומש"ה משלם וסיפא בהמחוהו רבים עליהם דהוי קבלה ומש"ה פטור אי נמי רישא בדלא נקיט רשותא וסיפא בדנקט כקו' הגאון ויש ליישב זה לדעת הרי"ף דר"ן חידושא אתא לאשמועינן דלא נימא היכא שהמחוהו רבים עליהם דהיינו בקבלה פטור נמ"כ אלא דגם בזה אי איכא גדול ממנו משלם וגם אי נקיט רשותא הדין כן אלא דלזה קשה מהא דאמרינן לעיל דמר זוטרא דן דינא וטעה אתו לקמיה דרב יוסף א"ל אי קבלוך עלייהו לא תשלם וכיון דרב יוסף גדול ממנו הו"ל לומר אפי' קבלוהו ישלם וכודאי ר"ן לחרוליה מילתיה דרב יוסף אתא ולאו לאוקמיה בסברא חדתא ועוד קשה מאי דאמר ר"ן לעיל האי מאן דבעי למידן דינא וליפטר ליקוט רשותא ומשמע אפי' יש גדול פטור מלשלם

ואישר על כן נראה לי לפרש דהרי"ף ז"ל מפרש ליה לתירוצא דרב נחמן דרישא דבכורות דקתני משלם היינו כאין גדול הימנו שעומד בסברתו ואומר בטעמא הראשון מש"ה חייב לשלם אבל אם היה מומחה לרבים עליו והוא גדול הימנו ועומד כסברתו הראשונה ואומר שלא טעה הנה שערוין הדיין אומר שטעה אפ"ה פטור מלשלם כיון שיש גדול עומד כנגדו מהכי ליה לפוטרו ופי' זה למרתיו מר' המרדכי בשם י"מ ואם כאמר דהרי"ף מפרש כן אתנח לן מאי דהקשה הרא"ש על דברי הרי"ף פ' אד"מ דאי כסברת הרי"ף אמאי לא אמר ליה ר"ע לרבי טרפון דלישלם כיון דר"ע ושאר חכמים היו גדולים מר"ע והיך קא"ל מומחה לב"ד אתה ופטור ועל פי מ"ש לק"מ :

אי נמי יש לומר לקושיית הגאון הרימ"ט כמ"ש רבינו יונה בתי' דאי רישא בדלא נקיט וסיפא בדנקיט הול"ל ואם נטל רשות חרע דלא משמע סיפא דנקיט רשותא דהא אמר ר"ן האי מאן דבעי למידן דינא וליפטר לינקוט רשותא ואי היינו פי' דאם הוא מומחה וכי מתני' אתא לאשמועינן עכ"ל ומש"ה כייר ר"נ מהאי תירוצא ותריץ כאן שיש גדול כאן שאין גדול וק"ל . אך לזה קשה מה שהקשינו דמדברי ר"ן דאמר האן מאן דבעי למידן דינא וליפטר ליקוט רשותא ומשמע דאי נקיט רשותא בכל ענין פטור ולפי דברי הרי"ף אם יש גדול הימנו אכתי חייב וכודאי דמוכרחים אנו לומר דהא דמפלגינן בין יש גדול לאין גדול דוקא בדלא נקיט רשותא או סמוך אבל בנקיט רשותא אי סמוך אפי' יש גדול הימנו לא משלם וטעמא רבה איכא דבדלא נקיט רשותא אף שהוא מומחה גמיר וסביר ודומא דינא מ"מ לא היה לו לדון כיון שיש גדול הימנו בחכמה ובמנין אבל אם הוא סמוך או נקיט רשותא דמי לקבלוהו בעלי דינים ודן לכתחילה ואפילו אם יש גדול הימנו ומש"ה אם טעה אפי' אם יש גדול אינו משלם ובהכי גם כן ל"ק קושיית הרא"ש על הרי"ף ז"ל שכתבנו לעיל מההיא דר"ט דהא ר"ט סמוך הוה או נקיט רשותא כמ"ש הרב"ח סימן ל' דל"ד ריש ע"ד ע"ש ואם כן הגם שר"ע ושאר חכמים היו גדולים ממנו אפ"ה לא משלם וכמ"ש ומעתה גם מה שהקשה עוד הגאון הרימ"ט וז"ל ותו דאלו דן את הדין הוית כמומחה הו"ל לתלמודא לאקשויי ליה ומי מצית מוקמת לרישא כמומחה והא מדקתני סיפא ואם היה מומחה וכו' מכלל דרישא לאו מומחה ותו הא אקשינן לעיל לרבי אבהו ואי כמומחה אפילו ר"מ מודה וכו' עכ"ל הכל נתיישב לפי מ"ש :

אך את זה חזיתי חזות קשה להמרדכי בריש מכילתין שכתב ותו מדקתני טומאה את הטהור עיקר את הטמא מכלל דאינו מומחה

ע"כ

ע"כ ודבריו באו בש' התוס' דמה כונתו בזה דאי לא שכיחא במומחה שיטמא את הטהור וכו' הא סיפא קתני וא"ם היה מומחה לרבים ואריסא קאי דטימא את הטהור טיהר את הטמא ועוד הא ר"ט דמומחה גמור הוא וטעה בדבר משנה ועוד דהיכא רבה בריה דרב יוסף בפ' אלו טריפות דף מ"ג והוה מומחה וטימא את הטהור והנראה ליישב בדוחק דכונת המרדכי היא לומר דודאי רישא דבכורות היא בקבלוהו דהא בשלמא חייב את הזכאי זכה את החייב אפשר לומר דאיירי שבא הבעל דין האחד ותבע את חבירו והוא דנו בכפיה לחבירו אבל בטימא את הטהור וטיהר את הטמא א"א לומר שכפה אותם לדון לפניו על איסור והתר ובודאי שבא בעל הדבר לשאול בדינו וזה קבלוהו ממש כדמשמע בירוש' בהביא דר' אבהו דאי באו לפניו לדון הוי כקבלוהו ממש וכן מש' * בגמרא שם שאמרו ואי אינהו קבלו לך לא תשלם וכיון שכן שמוכרח לומר דאיירי בקבלוהו ואם כן אם הוא מומחה פשיטא דלא משלם כיון דקבלוהו דמאי הוה ליה למעבד דהתורה חייבתו לדון כיון שהוא מומחה וקבלוהו אלא ודאי דאיירי בשאינו מומחה וכן מבואר מדברי בעל המאור דעובדא דר"ט מוכרח בקבלוהו וכ"כ מרן בב"י וז"ל דמסתמא דין זה שבא לפניו דלאו דינא דממון הוא דנימא שכפה אותם לדון לפניו עכ"ל הרי מבואר כמ"ש והיא דרבה בריה דרב יוסף דאמר להו זילו ואמרו ליה דלישלם דמי תורא למאריה אפי' נימא דמומחה וקבלוהו שאף התם שבידים האכילום לכלבים וכמ"ש רש"י והתוס' שם וכ"כ הרמב"ן במלחמות ועיין בש"ך ס"ק ו' סעיף א' ע"ש וק"ל ועיין עוד בש"ך ס"ק י"ב שהביא הירוש' עש"ב:

אך עם כל זה נראה לי דגירסת הרי"ף קשה דהא הוא ז"ל מוקים למתני' דהכי מחזירין בשאינו מומחה ובאמת הא ודאי קשיא דהא ודאי מאי דתני דיני ממונות מחזירין אפ"ק קאי דקתני דיני ממונות בשלשה וקאמר עלה בגמרא תלתא א"א דלית בהו חד דגמיר ובכל דוכתא קי"ל דשלשה במקום יחיד מומחה קיימי ועלה תני במתני' דיני ממונות מחזירין ואם כן איך אפשר לומר דמתני' בשאינו מומחה היא דהא אשלשה קאי אשר ע"כ דגי' ספרינו עיקר וקי"ל אפילו יש גדול ממנו דלא קיבלינן ליה כיון שהוא מומחה ובהכי ל"ק גם כן קושיית הרא"ש על הרי"ף מהביא דר"ט ודוק:

מיהו איך שיהיה לגי' הרי"ף א"ל דהאי מתני' איירי בלא קבלוהו דאי בקבלוהו ואפי"ה מומחה משלם היכי אמר רב יוסף גופיה למר זוטרא אם קבלוך עלייהו לא תשלם והכא סבר ר"י דאפילו מומחה וקבלו משלם אלא ודאי דסבר דהאי מתני' בלא קבלוהו מיירי אי נמי מפרש האי מתני' גם כן בקבלוהו והתם דא"ל אם קבלוך לא תשלם מפרש לה כרש"י שכתב אי קבלוך עלייהו בין לדין בין לטעות ובכה"ג כ"ע יודו דפטור וזה נ"ל עיקר וק"ל ומ"מ גם לגירסא דידן קשיא הך קושיא דאקשינן להרי"ף דהיכי אמר רב יוסף דמומחה מחזיר הדין ורב יוסף גופיה לא החזירו למז"ט לעיל וכבר התוס' עמדו בקושיא זו וכתבו ד"מ דהכא מיירי במומחה דסמיכה וכונתם פשוטה לומר דהכא דתני מחזירין היינו במומחה דסמיך שבתו גדול ויכול להחזיר הדין אבל באינו סמוך אין כח בידו להחזיר הדין וכן פירש הגאון הרימ"ט אך עדיין דברי התוס' לא נתבארו לפי תירוץ זה דר"ן דתירץ מילתיה דרב יוסף כאן שיש גדול כאן שאין גדול אם נאמר דכונתו דביש גדול מחזיר להסמוך ואינו מחזיר לשאינו סמוך כפשטן של דבריהם אדרבא הדבר קשה כיון שמחזיר לסמוך כ"ש שמחזיר לשאינו סמוך ואם נאמר דבאינו סמוך קנסינן ליה דלישלם ומשום הכי אמר לו ודאי לא קבלוך זיל שלם אכתי קשה בדקבלוהו עלייהו אמאי א"ל דפטור דהא כיון שהוא גדול דין הוא שיחזור הדין דאין סברא לומר דבסמוך אפי' קבלוהו חוזר הדין ובאין סמוך קם דינא ופטור מלשלם:

אשר ע"כ נראה לומר דהתוס' בדבריהם אלו כיונו על סברת הגאון מהרימ"ט דס"ל דאדרבא כל מה שהוא גדול בידו יכולת להחזיר הדין וזהו שכתבו מומחה דהכא היינו בסמוך ומתילה גם כדזוקמה ר"נ כאן שיש גדול כאן שאין גדול הכי הוא דבאין גדול ממנו והוא גדול העיר כח יש בידו להחזיר הדין אבל אם יש גדול ממנו אין בידו כ"כ כח להחזיר את דינו ואדרבה מש"ה לא החזירו רב יוסף למר זוטרא כיון שהוא גדול ממנו אבל ת"ת ורש"י שפי' דיש גדול מחזיר אכתי קשיא וכן הקשה עליו הגאון הרימ"ט וז"ל ואינו נראה לי דאם גדול ממנו מחזיר הדין א"כ מומחה דלא נקיט רשותא והדיוט דקבלוהו אם טעו לא ישלמו ויחזיר הדין מי שגדול מהם וכו' ע"ש ונ"ל דסבר רש"י בש' המאור דבהאיכא חדא לטיבותא קנסי' ואפי' אם יש גדול אינו מחזיר אלא משלם הדיין מיהו קשה לזה דמשמע מדברי הגמ' דביש גדול אפי' קבלוהו חוזר הדין ואפי' במומחה דהא מוקמינן למתני' במומחה ויש גדול וקתני מחזירין ובודאי דקבלוהו איירי דאי לאו הכי נימא מתני' בלא קבלם ומתני' דבכורות דקתני ואם היה מומחה פטור בקבלוהו אלא ודאי אפי' בקבלוהו חוזר אם יש גדול ואמאי לא החזירו רב יוסף למר זוטרא היכא דקבלוהו ומדאמר ליה אי קבלוך לא תשלם משמע דקם דינא ופטור וכו' דזו היא סברתו של רש"י דפי' לעיל אי קבלוך בין לדין בין לטעות דודאי בכי האי גונא שקבלוהו אפי' לטעות אין כאן חזרת הדין כלל וק"ל

והנה בדרך אגב אודיעך כאן מה שנלע"ד פשוט וברור כמ"ש רש"י דאם אין גדול אינו חוזר הדין דמצי אמר ליה הבע"ד מי יימר דטעמא בתרא עיקר דילמא קמא עיקר ולא ניחא ליה בע"ד לאהדורי עובדא ואפי' זה אומר טעיתי לאו כל כמיניה ע"כ והדבר ברור כשמש דכל זה דוקא בשכבר שילם הבע"ד עפ"י הדיין דכיון דכבר תפס אין הבע"ד מהימן להוציא מידו דאומר לו מי יימר וכו' אבל כשעדיין הוא תפוס במעותיו אדרבא איפך הוא המוציא מחבירו ועליו הראיה לומר שלא טעה ומה שהוצרכתי לזה אעפ"י שהוא דבר פשוט מחמת שראיתי להרב בית יעקב בתשובה סי' ל"ז הנז"ל שהביא דברי רש"י וכתב ונראה לע"ד לדברי רש"י הו"ל אין הדין כן אלא אפילו חולקים

מסברא

מסברא לא בדר דינא אפילו לא הוציאו מיד הנשבע שהרי קלוי הדבר בבע"ד שלא יצית א"כ אף דלא הוציאו לא צייח בבע"ד וכו' אחר שכתבתי כל זה לידי ס' ש"ך והאריך מאד ע"ש ודבריו תמוהים שהרי רש"י תיקן קושייתו שאמר שהגיד הדיין הפסד הדבר מסור לבע"ד והינו מחוייב לציית להדיין כמו שמבו' בלשון רש"י וע"ז מתורץ נ"כ הקו' כ' שהקשה וכו' דמיד כשאומר איש פלוני זכאי איש פלוני חייב גורם לו הזק דמסור לבעל דינו ולאו כל כמיניה לומר שטעה וכו' ועוד הקשה וכו' והכל ניחא מסברא שכתבתי דלאו כל כמיניה לזיל בתר סברא בתרא וכל מה שהקשה שם הם שלא כדת לחלוק על הטור וכו' עש"כ עכ"ל .

ואנכי עפר ואפר אחרי נשיקת עפרות רגליו קרש אלף פעמים אינו מולא כדברים הללו לא טעם ולא ריח דמה הועלנו בזה דהבע"ד לא צייח להדיין הרי גם הוא הבע"ד לא צייח ליה לחבריה ליתן ליה שהרי הדיין הומר לו שלא יתן וחלילה אם כזה כתב רש"י לא צייח ליה הבע"ד להדורי עובדא דמשמעות אהדורי משמע שכבר נעשה מעשה על פי הדיין ולא צייח הבעל דין להדורי את אשר כבר עשוהו כיון שהוא תפוס והומר קי"ל דסברא קמא עיקר לדינא אבל כשעדיין לא נעשה שום מעשה מה מקום לומר דלא צייח הבע"ד לאהדורי עובדא הלא גם חבירו לא יתן ולא יאבה לו ולא ישמע אליו וכאמת שדברי הטור תמוהים מאד כמ"ש הש"ך וכן תמה עליו הרב בתשובת שער אפרים סי' קנ"א ע"ש ולכאורה היה נראה להביא ראיה לס' הטור שכן היא דעת הרא"ש ממ"ש בפרק הגוזל קמא בענין דינא דגרמי שכתב וז"ל וכן דן את הדין ומחייב את הזכאי ליתן וכו' ונראה מדבריו דכיון דחייבו ליתן אעפ"י שלא נתן עדיין חייב וכן הבין מהרש"ל ביש של שלמה שם בפרק הגוזל שהוסיף על דברי הרא"ש אעפ"י שעדיין לא נתן ע"ש אך באמת דאין מקום לראיה זו ואין כן כונת הרא"ש אלא דהכונה היא שמשעה שחייבו ליתן והוא נתן חייב אעפ"י שלא נשא ונתן ביד הדיין עלמו לאפוקי מדרב אסי דלא קי"ל כוותיה אליבא דהרא"ש וכן הבין הטור בקילור הפס' שעשה לאביו שם פרק הגוזל סעיף ז"ג שכתב וז"ל ודן דין וחייב את הזכאי אפילו לא נשא ונתן בידו ודלא כהרש"ל הכל אם לא נעשה עדיין מעשה אפילו הרא"ש יודה ואעפ"י שאין ראיה לדבר זכר לדבר ממ"ש הרא"ש פרק אד"ת בשהביא דברי הראב"ד כתב וז"ל וכל היכא דקם דינא וחייב הדיין לשלם לא מלי הדיין למימר לבע"ד החזר מה שנתן לך כי טעיתי וכו' ואי איתא לסברת הטור הו"ל לאשמועינן חידוש יותר דלא מלי הדיין לומר לבע"ד לא תיקח ממנו כפי מה שפסקתי לך כי טעיתי עוד כתב שם אחר זה וסא דאמרי' בבכורות פרק עד כמה לימא תנן סתמא כר"מ משום טיהר את הטמא וחייב את הזכאי דמחייב כמה שערכו בעל הבית עם פרותיו וכמה דשילם הזכאי אחרי כן הכל זוכה את החייב דיבורו של חכם כוי מה שעשה עשוי ואי איתא לסברת הטור גם בחייב את הזכאי דיבורו קא עביד מעשה דאינו יכול לחזור בו אפילו קודם ששילם הזכאי לחבירו

אלא ודאי דליתא לסברת הטור והרא"ש מודה להרמ"ה וכן דעת רבינו יונה בחידושיו שכתב וז"ל היכא למידק על הא דתנן דן את הדין וכו' בשלמא זיכה את החייב איכא למימר ביה מה שעשה עשוי דהשוה דאמר ליה פטור אית ליה חזקה דממונא ואי הדר ואמר טעיתי לא משגיחנן בה דמלי אמר ליה מי יאמר וכו' וא"כ היכא למימר בחייב את הזכאי והלך ושילם לו על פיו כי קאמר טעיתי לא משגח ההוא דהוא תובע דמלי א"ל מי יומר וכו' עש"כ ועוד יש כמה הוכחות מדבריו דסבר הכי ע"ש בדבריו וגם זו ראיה ברורה דלא כהכות יעקב דדברי ר"י הם ממש כרש"י ואפ"ה לא אמרה אלא כשכבר שילם על פיו גם מדברי הגאון הרימ"ט שם מפורש יולא כדבריו דלא כהטור שכתב שם בסוף דבריו וכל מה שאמרנו בטעה וכו' הני מילי כשנתן ממון אותו שנתחייב לחבירו על פיו אבל אם חייבו ליתן ועדיין לא נתן חוזר שהרי נתברר שבטעות חייבו עכ"ל אך ראיתי להרב בעל טורי זהב שהקשה לסברת הרמ"ה שהביא הטור וז"ל ויש להקשות לפי"ז אמאי לא משני הגמרא הכי על הא דפריך ממתני' אמתני' דדן את הדין ולימא דמתני' דתנן מחזירין היינו כאם עדיין לא הספיק התובע להוציא מיד הנתבע ומתני' דדן את הדין מיירי כשכבר הוציא בזה מה שעשה עשוי ומשלם מביתו ול"ע עכ"ל

ואחרי לחיכת עפר כפות רגליו אין זו קושיא כלל דבשלמא חייב את הזכאי שפיר קתני עלה מחזירין לזכות כגון שחייבו ליתן ועדיין לא נתן הכל מחזירין לחובה היכי משכחת לה הא כיון דאמר ליה פטור אתה הרי הוא כמי שילא ממון מיד הזכאי לחייב דאין יכול לחזור עוד ואף אם נאמר דמיירי שהוא ביד שמתחייב משכון וגזר עליו להחזירו ועדיין לא החזיר ועכ"פ כבה"נ דא"ל פטור אתה הרי כפטרי מחיובו והו"ל אותו משכון כפקדון בידו וחייב להחזירו אליבא דכ"ע ואף אם אמר ואמר דאין זה דין אמת אלא שגם בזה חוזר ולא צייח ליה הבע"ד לאחזיר המשכון שבידו מ"מ לא ידעתי מה מקום לקושיא זו דאדרבא כולהו אמוראי אשמועינן חידושא דאפי' כשכבר ילא הממון מיד הזכאי אפ"ה איכא דוכתא דחוזר ואוקמיה למתני' למר כדאית ליה כמומחה ויש גדול ולמר כדאית ליה כטועה בדבר משנה ולמר בלא נשא ונתן ביד ולאשמועינן דכשלא ילא הממון חוזר הדין לדידהו דהרבנים הנז' אין זה חידוש כלל ואם אמת היה הדבר דהוה מוקים לה בגמ' הכי סוס מש' שכשילא ממון על פיו ליכא תקנתא בחזרה כלל ואין כן האמת וכתבו' הרב בית יעקב בשי' הנז' ראיתי שכתב וז"ל גם לס' הרמ"ה קשה דס"ל לגמ' לשנויי הכי כאן שהוציאו ממון מן הנתבע כאן שלא הוציאו מיהו יש לתרן דבכה"ג לא הוי הדין שישלם מביתו כיון שחולקים בסברא מש"ה מוכרח בגמרא לחלק בין אם טעה בשיקול הדעת הי לא הן בשים גדול הו לא ודוק עכ"ל ודבריו תמוהים בתירוץ זה דהא להרמ"ה אין חילוק בין טעה בסברא הו בטעה בשיקול הדעת אלא בכולהו אם לא ילא הממון מיד הנתבע חוזר הדין וכמפורש

כדבריו

בדברי הטור משמו ונראה דט"ס הוא וצ"ל קושיא זו אהרא"ש דסבירא ליה כהרמ"ה כסברא וק"ל

ולכאורה היה נראה לחבות קלת ראיה לס' הטור מהא דאמרו בגמרא במכיל' אלא אי אמרת טועה בדבר משנה חוזר לימא ליה כיון דאלו הואי כר"ה דינך לאו דינא ולאו כלום עבדת וכו' ע"כ ואנן נמו נימא הכי דאי כרסברי כל הנך רבוותא דכשלא יצא ממון מיד הנתבע חוזר הדין גם שאח"ך פרעו לימא ליה כיון דאלו הו"ל הן ממון נכך ולא פרעתו דינך לאו דינא השתא נמי דפרעת לא כלום עבדת ופטור הריין והתוס' במכילתין ובקמא ד"ק ובהרא"ש ובמרדכי דחבילתין הקשו מזה כמה קושיות ומדלא הקשו גם מזה ש"מ דס"ל כהטור שאפילו לא יצא הממון עדיין קם דינא וחייב הנתבע לשלם אך כד חידוק בה פורקא לית בהאי ראיה ממשה כלל דשאני התם דהדיין אסיק עלה שמה דטרפות ולא א"ל להאכילה לכלבים גם בההוא דטיהר את הטמא לא טהרטבו ע"מ לערבן עם פירותיו אבל הכא מאי דחייב העיקר ע"מ לפרוע לבע"ד וא"א לומר בזה כיון דאלו וכו' את הוא דאפסדת אנפשך דהא עיקר דינו להכי הוא דאתא ודברים פשוטים הם :

עוד ראיתי להרב בית יעקב בתשובה הנז' שהק' על הש"ך במה שתמה על הטור על מה שהוכיח מדברי הרא"ש שכתב ולא הוה רבי ישמעאל טועה בשיקול הדעת וכו' ותמה הש"ך דמה ראיה היא זו אדרבא אפכא יש להוכיח ונוה הקף דרכי קיוא לא הוה יכיל לברורי שטעה ר"ש אפ"ה אמרי' דכמאי דלא הוליה עדיין הדר דינא כ"ש היכא שיש להוכיח בבירור שטעה הדיין ודאי דכמה דלא הוליא מידו הדין חוזר וכתב עליו הרב"י ז"ל ולא ידעתי מאי קושיא היא זה וכו' והאריך בדבריו יע"ש ואחרי נשיקת עפרות רגליו כל מ"ש בזה הם דברים בטלים חוץ מכבודו דאדרבא כלפי לייא דאם הדיין הא' פסק כחד תנא או אמורא והדיין השני גילה דסוגייא דעלמא דלא כאותו תנא או אמורא ודאי דיותר סברא לומר דיחזיר דינו דהא אף שפסק כחד תנא מ"מ סוגייא דעלמא איפכא מניה משא"כ כשהראשון דן מכח סברתו וחס קבלוהו עליהם ולא טעה כלל והדיין השני חולק עליו כסברא בעלמא מבלתי שום ראיה היה ראוי לומר בזה דדין הראשון קיים שהוא מסברא דנפשיה כיון שהם קבלוהו ולא יכלו למימר ליה אדעתא דהידון לנו דין תורה קבלנוך דהוא אומר להם דכן הוא הדין וגם חבירו אין בידו שום ראיה לחלוק עליו ולומר דאין זה מן הדין אלא מכח סברא הוא אומר להפך ואפילו הכי אמרינן בזה דכמה שלא הוליא הנתבע מידו הדר דינא וכ"ש וק"ו הוא היכא דהדיין הראשון ודאי שטעה אף שסומך על איזה תנא או אמורא אין זה דין תורה ואדעתא דלידון דין תורה קבלוהו סוף דבר לפע"ד דברי הש"ך נכונים בטעם וכל דברי הבית יעקב בתשובה זו תמוהים מאד וצ"ע:

איברא דהכתי יש לי לדקדק מדברי הרא"ש דס"ל כמ"ש הטור ושוא ממ"ש הרא"ש פרק הגוזל קמא וז"ל ועוד יש לחלק היכא דכשעת המעשה כעשה היזק נקרא דינא דגרמי כגון שורף שטרותיו של חבירו או מוחל וכן מראה דינר לשולחני ואומר שהוא טוב מיד סומך עליו ונעשה לו היזק כי פטר אותו שנתנו לו וכו' וכן דן את הדין מיד בא לו ההיזק אבל כל הני לא בא ההיזק מיד שמסלק כריס ולא נשבר הכלי עד שיגיע לארץ וכו' עש"ב ואם נאמר דסבר הרא"ש דכל זמן שלא יצא הממון מיד הנתבע הדר דינא א"כ גם כדן את הדין אין ההזק בא לו מיד אלא כשיפרע לבעל דינו וכי יותר עדיף מהמסלק כרים דודאי ברגע כמימרא יגיע הכלי לארץ ופתע ישבר ואפ"ה קרי ליה הרא"ש לא בא ההיזק מיד וכ"ש זה דלא קם דינא עד שיפרע לבע"ד אלא ודאי דסבר הרא"ש דמיד שא' הדיין פלוני זכאי פ' חייב קם דינא כדיבוריה ולא הדר כלל אפי' שעדיין לא יצא הממון מיד הנתבע ואפשר לו' כדעת הרא"ש דס"ל דכל שאפשר דמיד יבא לו ההזק הוי דינא דגרמי כמו המראה דינר לשולחני דמיד הוא סומך עליו ומקרי נעשה לו הזק הנס כי לפעמים אינו פוטר מיד לאותו שנתנו לו מ"מ כיון דאפשר דלפעמים הוא פוטרו מיד מקרי דר"ג וכן כדן את הדין הוא סומך עליו ופעמים תכף שיאמר לו הדיין שהוא חייב נותן לו מיד בלי איסור כלל וכיון דהוא סומך עליו ודאי ופעמים נעשה לו היזק תכף ומיד דר"ג קרינן ליה ועדיף ממסלק כרים דא"א אם לא יתעכבו פורתא זה כר' לישב אף שהוא קלת דוחק כנ"ל

מעתה אשובה לי לדברי הרי"ף לענין שלכתא דפסק כר"ח ותלה חזרת הדין בחיוב הדיין ותמהו עליו רוב הפוסקים בזה וראיתי לרבי' יונה והר"ן והרא"ש והגאון הרימ"ט והעיטור שכולם כאחד הקשו עליו וקדוקים דבריהם זה לזה תחילה כתב רבי' יונה ז"ל וזה הטעם אינו ברור ואיך אנו תולין חזרת הדין בחיוב הדיין ואם יש מן הדין שאין הדין חוזר כשאין הדיין חייב לשלם למה יחזיר זה שלא כדין ע"כ ואנכי עפר אי מהא לרידי ל"ק דדעת הרי"ף בזה היא דמן הדין כל היכא דטעה חוזר הדין וראיים דהא אם לא נשא ונתן ביד הדין חוזר וא"כ כשהדיין מומחה וקבלוהו אי נקיט רשותא דלא פשע הדיין אף אם נשא ונתן אקמוהו אדיניה וחוזר הדין אך אם הוא הדיוט וקבלוהו או מומחה בלא קבלה דלא קים לו לדון וגם פשע במה שנשא ונתן ביד חייבוהו לשלם וממילא פטור הבע"ד מלהחזיר דלא מסתבר לומר שיחזור הדין וגם יחייבוהו הדיין לשלם לו וירוויח משניהם זה לא ניתן ליאמר ולהכי חייבו הדיין ואמרו דזכה הבע"ד במה שלקח עפ"י הדיין עוד כתב הר"י ז"ל ועוד לפי דבריו שפסק כר"ח כדאקשינן בשמעתין קמייתא אלא מעתה טעו לא ישלמו ומשני כ"ש שאתם נועל דלת בפני לווין והא ליכא נעילת דלת דהא הדר דינא כיון דאיכהו לא משלמי ועוד דאי אם לא נשא ונתן ביד לא מחייב אמאי מקשי שהם טעו לא ישלמו ומאי נעילת דלת איכא כדמשלמי הא כיון דלא משלמי אלא כשנשא ונתן ביד לא ממנעי מלמידן דהא מלו למידן בלא תשלומין כשלא ישאו ויתנו ביד עכ"ל והנה קושיא זו הראשונה אמת דלכאורה קשיא אדברי הרי"ף וכן הקשה הרא"ש ז"ל פרק אד"מ והנמק"י אך במ"ש בקושיא הב'

ועוד

ועוד דאי אם לא נשא ונתן ביד לא מחייב וכו' לא ידעתי מאי שייכא קושיא זו אדברי הרי"ף דהא גם אר"ח גופיה קשה הך קושיא ובאיזה אופן שנפרש מילתיה דר"ח אכתי קשיא ובכר התוס' עמדו בזה בד"ה אלא מעתה וכו' וז"ל וא"ת מאי קושיא הא לא מחייב לשלם אלא א"כ נטל ונתן ביד כדאמרינן בה' ד"מ וי"ל דפריך למאן דמחייב בלא נטל ונתן ביד עכ"ל א"כ מעתה מאי מקשה אדברי הרי"ף ואין לומר דכונתו בזה דמשמע סתמא דתלמודא דלא כר"ח דנראה דהלכה פסוקה דמשלמין וכן כתב הש"ך ס"ק י"ד אות ב' יע"ש דליתא לע"ד דאדרבא תלמודא פריך אהנהו אמוראי דלא ס"ל כר"ח ובאלו אמר הניחא לרר"ח אבל לשאר אמוראי קשיא והשתא דאתיכא להכי גם קושיא א' ל"ק אדברי הרי"ף. דמאי דתירץ כ"ש שאתה כועל דלא הייגו דוקא להנך אמוראי אבל להנך אמוראי ל"ק ליה לתלמודא כלל עליה ובכר כרגע נראה לי ספר בני שמואל למהרש"ח וראיתי שדרך בדרך זה יע"ש עוד כתב הר"י ותו' דהא אמרינן התם האי מאן דבעי למידן דינא וליפטר ליסקל' רשותא אלמא אפילו למיקם דינא קאמר ותו משום ליסא וכו' שקיל רשותא ע"כ וכן הקשה הנמק"י והרא"ש ולדידי הא נמי לא מכרעא לדחות דברי הרי"ף מהלכה דהא ודאי איכא דוכתא דראוי הוא בעיני הדיין ליסא וליתן ביד כגון היכא דנתבע אלם ובשולא מב"ד לא ציית לדינא ליתן מה שבידו לחבירו ומוכרח שהדיין להציל העשוק לטול מידו וליתן ביד התובע ובזה מחשש שמא יטעה בדין ויהא חייב מימנע ולא עביד עבדו ליה תקנתא דלינקוט רשותא ובהכי פטיר ועטור ויכול להציל עשוק ולא יחוש לכפסר עוד כתב הר"י ותו' להך סברא מומחה דנקיט רשותא או קבלוהו הדר דינא ואי לא נקיט ולא קבלוהו קם דינא ע"כ וכמ"ש כן היא הסברא דכיון דדינא הוא שחוזר הדין כדאיכא תרתי לטיבותא לא קנסוהו ואוקמוהו אדיניה וכחדא לטיבותא קנסינהו צור. כתב וכפ"ק ככולהו עובדי לא משמע שנשא ונתן ביד ע"כ:

ואני העכר נראה לי לומר דר"ח כיוון גם כן לתרוצי מילתיה דרב יוסף אתא דהא רב יוסף תירץ כאן במומחה כאן בשאינו מומחה ואי נפרש כגירסא דידן דבמומחה חוזר קשיא אמאי לא שקיירו רב יוסף למר זוטרא ואי נפרש כגירסת הרי"ף דבמומחה משלם ומוכרח דקשיא דבכורות בדקבלוהו כדאוקמא רבי אבהו או מדתני טימא את הטהור ופשטא מיירי בבהו לפניו דהוי קבלם ואפילו הכי משלם היכי א"ל רב יוסף למר זוטרא אי קבלוך לא תשלם ואסר ע"כ תירץ למילתיה דרב יוסף דמ"ש כאן כמומחה כאן כשאינו מומחה ברוויהו בנשא ונתן ובהכי מתני' דתני מחזירין במומחה וקבליהו ומתני' דבכורות כשאינו מומחה אעפ"י שקבלוהו משלם ולהכי בשבא דמר זוטרא א"כ דמומחה הוה אי קבלוהו אינו משלם וממילא הדר דינא ואי לאו קבלוהו משלם דקנסי' ליה ובהכי ל"ק נמי מה שהקשה הרא"ש אדברי הרי"ף וז"ל ועוד אמאי אצטריך ר"ח לשנוי כאן שנשא ונתן ביד וכו' הא ל"ק אהדדי מירי הא דקתני מחזירין במומחה שפטור ולכך חוזר הדין וריש' דבכורות כשאינו מומחה ולהכי משלם עש"כ ובזה שכתבנו ל"ק נמי דר"ח סבר הכי במילתיה דר"י והא דאמר כאן שנשא וכו' כולהו חדא מילתא נינהו והיינו מילתיה דר"י וביאר שהדברים דבנשא ונתן מיירי הך מתני' וכדי שלא נדחוק דמתני' דוקא בקבלוהו מיירו אוקמה בלא נשא ונתן ביד אבל לדינא ר"י ור"ח חדא מילתא הואי •

והשתא דאתינן להכי אתה תחזה כמה תמוהים דברי הרב בית יעקב בתשובה סי' קכ"א שכתב וז"ל ונחזור לענין כמ"ש הש"ע סעיף ב' ח"ל היה הטועה מומחה כ"ד וכו' ונלע"ד דהיינו מומחה דסמיך וכו' ומ"ש הרמב"ם היה מומחה לב"ד היינו דסמיך וכ"כ התו' בד"ה כאן כמומחה וכו' וא"ת וכו' וי"מ דמומחה דהכא היינו מומחה דסמיכה ואני תמה על הסמ"ע ס"ק ד' שכתב ואין צריך להיות סמוך וקשיא שהרי דברי הרמב"ם הם דברי הגמרא כתו' רב יוסף כאן כמומחה והם פירשו התוס' דאיירי בסמוך גם ראיתי בדברי הרב ש"ך שכתב דל"ב מומחה לגיה דין אלא מומחה לבד ע"ש והוא קימה מגמ' מקירולו של רב יוסף וכו' הרי דדברי הרמב"ם הם מלשון הגמרא ואיך כתב דט"ס וכו' עש"כ.

ואנכי עפר לא ידעתי מה היה לו בזה דהא הדברים פשוטים דהרי"ף והרמב"ם ומרן לא סברו כתירוץ רב יוסף אלא כר"ח ומאי דחילקו בין מומחה לשאינו מומחה מוכרח הוא ממתני' דבכורות דקתני סיפא ואם היה מומחה פטור ולדידהו הנהו עובדי דלעיל בנשא ונתן ביד איירי וכמבואר בהרי"ף ול"ק להו קושיית התוס' כלל ומכ"ש אם נאמר דר"ח גם כן לתרוצי מילתיה דרב יוסף אתא ומפרש עובדי דפ"ק בנשא ונתן ביד ולא מצאתי שום אחד מהפוסקים אף שפסקו כרב יוסף וכאוקמתא דתרוץ לא ר"ל שחלקו בין סמוך לשאינו סמוך אלא דס"ל דבמומחה איש גדול כפי' ר"ן כההיא דרב יוסף אין הגדול מחזיר אלא בקבלוהו בלבד והיינו דא"ל ר"י למר זוטרא אי קבלוך לא תשלם ואי לא מחזירך ועיין בבעל המאור והרא"ש בתחלת דבריו ומכ"ש להרי"ף והרמב"ם דלא פסקו כר"י וכר"ן אלא כר"ח אין הכרח כלל דאיירי כאן בסמוך ודברי הרב בית יעקב תמוהים בעיני ול"ע וכן ראיתי לבני ידודי ה"ו בהקיבוקיו שתמה כן על הרב"ו •

ואיך שיהיה אכתי לא אתברר בסברת הרי"ף אי מהני נקיטת רשות לשאינו מומחה כסברת הרא"ש והעיטור או דלא מהני וכסברת בעל המאור והנה אמת דמסתמיות דברי הרי"ף שלא ביאר בפירוש דין נקיטת רשות סתמו כפירושו דמשמע דלא מהני ליה נקיטת רשות אך מצאנו להמרדכי שסובר כדעת הרי"ף דמהני נקיטת רשות אף לשאינו מומחה שהרי כתב וז"ל פסק הרי"ף כר"ח וכו' וכן פסק בזה חמשה דוגים ועתה אקלר לשונו וכו' והדין הרביעי כשאין הדיין מומחה וקבלוהו או נקיט רשותא דסבר כפשיטות דהרי"ף מודה בזה אלא שקיצר. וראיתי להרב ש"ך ס"ק כ"ב שכתב וז"ל ומשמע כתשו' מהריב"ל ושוב חקרתי בספרים ומצאתי דבר זה מפורש במרדכי כתב

המשנה

קחמשה כבות מהרי"ף וכבא ד' כתב כשאין הדיין מומחה וקבלוהו אי נקיט רשותא וכו'. ונרלפע"ר דאין מהמרדכי ראיה דהמרדכי לגרמיה הוא דכתב כן וס"ל כהרא"ש אבל דעת הרי"ף גופיה אינו כן וכו' עכ"ל:

ואחרי נשיקת עפיות רגליו דבריו תמוהים דהא המרדכי בלשון זה הוא מעתיק בלשון הרי"ף וכל הדברים האמורים שם אליבא דהרי"ף דוקא שפסק כר"ח והא יותא לעיל שכיאר שכירתו בהתום' והרא"ש הוכליה לכתוב כן ולא ככאן כשעתק לשון הרי"ף ועוד מ"ש לגרמיה הוא דכ"כ דס"ל כהרא"ש גם זה תמוה דענין נקיטת רשות לשאינו מומחה אין זה תלוי כמאי דפסק הרא"ש כר"ש וכר"ן דלא כר"ח שהרי לבעל המאור שפסק דלא כר"ח אלא כר"ן וכר"ש ואפ"ה ס"ל דלא מהני רשותא להדיוט. אף שלזה יש לדחוק דכ"ל דהוא ס"ל בהא כהרא"ש הגם שאינו תלוי בענין פלוגתייהו מ"מ הכקי דברי המרדכי פשוטים ומבוארים דסבר כן כהרי"ף ודלא כהס"ך ועוד קשה על הס"ך שכתב דהמרדכי ס"ל כהרא"ש דהיך אפשר לומר כן דהא להרא"ש מהני נקיטת רשות אף לפטור מתשלומין ועדיף מקבלת בעלי הדין. ולהמרדכי אף שנאמר דלגרמיה הוא שכ"כ מ"מ לא מהני נקיטת רשות אלא דוקא בקבלה לענין שיהא דינו דין אבל לא לפוטרו וכ"ל שה"ש וס"ל כהרא"ש לאו דוקא כהרא"ש ממש אלא לענין דמהנייא נקיטת רשות אף להדיוט אלא דלמר ליפטר מתשלומין ולמר שיהא דינו דין ותשלם וק"ל ועיין בתשובת הרב לחם רב סי' פ"ה שגם הוא ז"ל אזיל בפשיטות כדעת הריף דמהני נקיטת רשות גם לשאינו מומחה שהרי כתב והיכא דאיכא חדא לטיבותא וכו' שאינו מומחה וקבלוהו או נקיט רשותא וכו' והיכא דאיכא תרתי לריעותא שאינו מומחה ולא נקיט רשותא וכו' עש"כ ותימה דזה מנין לו ואולי שסמך אדברי המרדכי שסבין כן כהרי"ף ז"ל מכל מקום לפי ע"ד נראה עיקר דלותא וכפרט מה שכתב הלח"כ דלהרי"ף ז"ל והרמב"ם דינא הכי היכא דאיכא וכו' ע"ש משמע שגם להרמב"ם ז"ל דינא הכי דמהני נקיטת רשות לשאינו מומחה שהרי כלל סברת הרי"ף והרמב"ם ז"ל בחדא מחתא והא ודאי ליתא כלל שהרי מפורש יוצא מהרמב"ם בפרק ו' מה' סנהדרין הלכה ב' להפך שכתב וז"ל אבל מי שאינו מומחה ולא קבלו אותו הבעלי דינים עליהם אעפ"י שנטל רשות הרי זה בכלל כ"ז וכו' ע"ש הרי מבואר דלהרמב"ם לא מהני נקיטת רשות לשאינו מומחה ואיך הרב כללם יחד ואפשר דלא על זה כיוון אלא כמאי דפסקי כר"ח וצ"ע:

גם מ"ש הרב לח"כ שם וז"ל והרא"ש והטור יש להם דרך אחרת וסוברים וכו' ושיכא דאיכא חדא לטיבותא וחדא לריעותא מה שעשה עשוי וחייב לשלם מביתו וכו' ע"כ נראה מדבריו הדומיא לעיל קאמר דשיכא דאיכא חדא לטיבותא כגון דנקיט רשותא או קבלוהו ואינו מומחה ועלה פסק הרא"ש דישלם מביתו ואחרי נשיקת עפ"ר ליתא דלהרא"ש היכא דנקיט רשותא אפי' שאינו מומחה דהוי חדא לטיבותא מה שעשה עשוי ופטור מלשלם וכן מבואר בהרא"ש וטור להדיא ואם כונתו על הקבלה לבד הו"ל לכתוב ולא לסתום וצ"ע ומזה דן הרב בית חדש דגם בדיין מומחה וקבלוהו דסבר הרא"ש דאם טעה בדבר משנה וא"א להחזיר דחייב הדיין לשלם וכמ"ש הסמ"ע ס"ק ח' והלח"ר בתשו' שנז' מ"מ במומחה דנקיט רשותא מודה הרא"ש דפטור ומהאי טעמא פטרו ר"ע לר"ט עכ"ל ודאיקו לה' ספקי בזן בש"ק ה' אות א' שהביא דברי הסמ"ע והב"ח שהבינו כן בדעת הרא"ש וכתב וז"ל ולפע"ר זהו כשגגה שיוצא מלפני השליטים דודאי ליכא למ"ד הכי דהא בטעה בשיקול הדעת להרא"ש וטור מה שעשה עשוי מומחה וקבלוהו אפילו אפשר לחזור ואפ"ה פטור מלשלם וכ"ש כשא"א לחזיר דפטור מלשלם וכ"ש בטעה בדבר משנה ועוד דהא מתני' דבכורות קתני ואם היה מומחה להכיס פטור מלשל' ואטיהר את הטמא קאי שעירבו בע"ה עם פירותיו דא"א להחזיר וכדאיתא בהרא"ש להדיא ע"כ ולע"ד המעט אחרי נע"ר דברי הסמ"ע והב"ח וגם הלח"ר שכ"כ הן נכונים וברורים ואין בהם נפתל ועיקש דמה שהביא ראיה מטועה בשיקול הדעת דסבר הרא"ש דמומחה וקבלוהו פטור ומינה למד כ"ש לטועה בד"מ אינה ראיה כלל דהא מבו' בהרא"ש בפ"ק והביאו הש"ך עצמו ס"ק ל' אות ב' דטעמא דמומחה וקבלוהו דפטור היינו משום דסתם קבלה לפני מומחה הוי כאלו פירש שמקבלו בין לדין בין לטעות ובהדיוט סתם קבלה דידיה הוי דוקא אדעתא דלדון ד"ת ע"ש וכן מבו' במרדכי בהעתקתו דברי הרי"ף בדין הב' ע"ש ומלאנו להרא"ש עצמו שכתב שאם קבלוהו בפי' בין לדין בין לטעות דיניה דינא אי טעה בשיקול הדעת ופטור ע"כ משמע הא לענין טעות בדבר משנה דיניה לאו דינא וכשא"א להחזיר חייב וכן הביא הרדב"ז בח"א סי' ד"ן ע"ש דלא מהני להרא"ש לטועה בדבר משנה אפי' אם יקבלוהו בפי' בין לדין בין לטעות ודלא כמהריב"ל ח"ג סי' ל"כ שנסתפק בזה ע"ש ומעתה ק"ו הדברים אם כשקבלו לטעות בפי' לא מהני לד"מ כ"ש וק"ו אם קבלוהו סתם דלא מהני אפי' למומחה דמיד הוא טעמא דקבלת המומחה פוטרת דהוי כקבלוהו אפי' לטעות הלא גם במפורש דקבלוהו לטעות לא מהני כ"ש בקבלוהו סתם ולא ידעתי מאי כ"ש בטועה בדבר משנה שכתב הש"ך דאם כונתו דבטועה בד"מ כ"ש הוא דהא אמרי בגמ' עלה כיון דאילו איתא הוה הדר השתא נמי לאו כלום עבד משא"כ בשיקול הדעת דמה שעשה עשוי הא ודאי ליתא דהא להרא"ש לא אמרו כן בש"ס אלא איכא דרכן אבל לר"מ דקי"ל כותיה דדאין דינא דגרמי הא לא מהוקמא כלל וכמבואר בהרא"ש וא"כ מאי כ"ש הוא אדרבא הסברא נותנת איפכא דבטועה בד"מ שהוא טעות בדבר הפשוט ואין בו מחלוקת כלל אדעתא דהכי לא קבליה הבע"ד ובהכי גם מה שהביא ראיה ממתני' דבכורות דקתני ואם היה מומחה פטור קאי בטיהר את הטמא שא"א להחזיר גם זו אינה ראיה כלל דהאיא בשיקול הדעת מוק' לה ולהכי במומחה וקבלוהו דבהכי איירי סיפא דמתני' פטור דכיון דמומחה וקבלוהו הוי כקבלוהו גם לטעות ולהכי פטור אפילו א"א להחזיר גם מ"ש הש"ך ועוד דהא בטעה בשיקול הדעת וכו' אם כן ה"ה לר"מ ע"ש הא נמי ל"מ וכמ"ש גם

מ"ס

מ"ש הש"ך וז"ל ועוד דהא מרלה דינר לשולחני לרבי מאיר מומחה פטור כשהלך למ"ש ע"כ הא כמי ל"ק דהתם נמי כיון שהוא מומחה והאיה קמיה הו"ל כקבלים כמו דקי"ל בדיין מהסיה דירושלמי הנ"ל ומסתמא כיון שהוא אומן וקבליה ודאי גם לטעות קבליה וליכא למימר דלהכי קבליה ולהכי לא קבליה אלא שהם ומלא דינרו רע אדעתא דהכי קבליס משא"כ הכא דאיכא למימר אדעתא למטעי בטעות קל כגון שיקול הדעת קבליה אבל למטעי בדבר הפשוט לא קבליה דהא ודאי קיוב למויד דהוה ליה למידק כיון שטעותו בדבר הפשוט גם מה שהביא הש"ך ראיה מדברי הרא"ש מדס"ד מתחילה ע"ש כמ"ש נראה דראיו לא עוד כתב הש"ך גם מה שמחלק הב"ח לדעת הרא"ש בין נקיט רשותא לקבלוהו עלייהו לא נהירא כלל דנטילת רשות יהא עדיף מקבלוהו בע"ד עלמם עכ"ל ולא ידענא מאי קאמר דהא מפורש בהרא"ש בדליתים מומחה דעדיף נטילת רשות מקבלוהו הבעלי דינים עלמם וא"כ ה"ה הכא במומחה דעדיף נטילת רשות מקבלה והב"ח עלמו הביא ראיה זו מדכתב כן הרא"ש בהיינו מומחה ע"ש ולא ידעתי כונתו בזה וצריך עיון:

עוד כתב הרש"ך ועוד דהא לפי הבנת הב"ח דהרא"ש קאי אמומחה וקבלוהו משום שהזכיר קודם לכן בטועה בדבר משנה לעולם חוזר ואם כן מסתמא קאי אמה שהזכיר מקודם וא"כ הרי גם בט"ר הזכיר מקודם גבי טועה בדבר משנה עכ"ל ולדידי גם הב"ח ישב זה כמ"ש דהרא"ש לא הזכיר זה דסמך אמ"ש בהיינו מומחה דהם נקיט רשותא מקמי לפוטרו מביאור דנט"ר עדיף מקבלה ועיקר דלא מהני הכא קבלה לפטור היינו דאין טעות זה בכלל הקבלה אבל נטילת רשות ודאי דמהני דהפקר ב"ד הפקר ולא הוליך הרא"ש לביאורו והרא"ש קאי אמה שהזכיר קודם לכן אפילו במומחה וקבלוהו דהל"כ בהא הוה צריך לפרש משום דאיכא למימר דמהני כמו בשיקול הדעת ואיכא למימר דלא מהני דאדעתא דטעות בדבר משנה לא קבליה אלא ודאי דגם בקבלוהו חייב גם מ"ש הש"ך ועוד דהמעיין בהרא"ש פ"ק דסנהדרין גבי מ"ש התם והע"ג דהתם מיירי בסמוך תקנת חכמים היא דהיינו סמוך יהא בסמוך וכו' והא דה"א לומר כן אלא בע"כ צ"ל דמ"ש הטור כאן מומחה מיירי בלא קבלם עכ"ל הא נמי לאו ראיה היא דהא דברי הרא"ש דהתם הסיפא דמתני' דבכורות קאי דקתני ואם היה מומחה לרבים פטור והתם מיירי בקבלוהו כמבואר וקאמר הרא"ש גם דהתם בסמוך מיירי מ"מ תקנת חכמים דהיינו סמוך בסמוך והיינו דוקא בשיקול הדעת מיירו והנה יש לדקדק בדברי הרא"ש דאמאי הוליך לתקנת חכמים הלא בקבלת המומחה די דהוי בקבלו לטעות ולהכי פטור מ"מ יש ליישב זה ואיך שיהיה לא דיבר הרא"ש בטועה בדבר משנה וכבר כתבנו שיש לחלק ואין צורך לכפול הדברים:

עוד כתב הרב ש"ך וכן יש לפרש דברי רבינו ירוחם ודלא כמ"ש הב"ח שרי"ו כ' להדיא אפילו מומחה וקבלוהו דליתא כמבואר לכל מעיין שם ע"כ ואני אומר כי ודאי פשט דברי רי"ו מוכיחים כמדויא דאפי' בקבלוהו והוא מומחה חייב אי ליתא דהדר שהרי כתב וז"ל טעה בדבר משנה חוזר ואפי' שלשתם מומחים ואפילו קבלום עלייהו ואפי' נקטי רשותא מר"ג ואי ליתיה לבע"ד או שאין לו ממה להחזיר משלם הדיין אפילו לא נשא ונתן ביד דקי"ל בכוליה תלמודא בר"מ דדאין דינא דגרמי כן דעת כל הפסקנים ואם נשא ונתן ביד ואין הדבר תלוי שיחזיר משלם מביתו עכ"ל מוכח בבירור ממ"ש ואי ליתא דהדר משלם הדיין ודאי דהסמיך ליה ממש קאי דהיינו אפילו בקבלה אך מה שמחלק הב"ח בין קבלה לנקיט רשותא אין מדברי רי"ו שום רמז מזה והדברים מוכיחים להפך וכאמת שלא על זה כתב הב"ח דכן דעת רי"ו להדיא אלא על ענין הקבלה דוקא והנה דאפשר לומר דרי"ו לא כתב ענין מומחים וקבלים אלא לענין חזרת הדין דוקא אבל לא לענין חיוב הדיין לשלם זהו דוחק גדול שאין פשט דבריו מוכיחים כן אשר ע"כ לפע"ד דדברי הסמ"ע והב"ח וקלמ"ר שהבינו כן בדעת הרא"ש הם אמת ויציב ואין כדאי במ"ש הרב ש"ך לדחות דבריהם כנ"ל:

האמנם מ"ש רי"ו כן דעת כל הפסקנים לא הבנתי דבריו דאי קאי אמ"ש מקודם דאי לית ליה לבע"ד לשלומי משלם הדיין הא ודאי ליתא כלל דהא רוב הפוסקים חלוקים בזה על הרא"ש דהא לבעל המאור והרשב"א בתשובה אפילו נשא ונתן ביד פטור הדיין אפילו כשאי אפשר להחזיר ולדעת הרמב"ם לפי הבנת הרי"ף ולהרמ"ה דוקא נשא ונתן ביד הוא דחייב אבל לא נשא ונתן ביד פטור וכמעט הרא"ש יחיד הוא בסברא זו וכודאי דבונת רי"ו הסמיך ליה ממש קאי שכתב דקי"ל בכולי ש"ס כר"מ דדאין ד"ד וע"ז דוקא הוא דכתב כן דעת כל הפסקנים אך כאמת לא ידעתי מאי אסני לן בזה דהנה דאמת הדבר דקי"ל כר"מ מ"מ הרי"ף והם הפסקנים ז"ל וס"ל דבדין לא דיינינן דד"ג ודוקא במזיק הוא דדיינינן דד"ג כמבואר ולבעה"מ והרשב"א הנה דדיינינן דינא דגרמי גם בדין מ"מ בטועה בדבר משנה פטור משום פשיעותא דבע"ד וא"כ אין לדברים אלו בדין זה עיקר ושורש גם מ"ש רי"ו ואם נשא ונתן ביד ואין הדבר תלוי שיחזור משלם מביתו ע"כ לא ידענא מנא היכא קאי דאי להרא"ש אפילו בלא נשא ונתן ביד אם ליתיה לבע"ד או שאין לו ממה להחזיר משלם הדיין מביתו כמ"ש הוא עלמו שיוך ונראה וא"כ מאי איריא הכא דתני ואם נשא ונתן ביד וכו' ואי קאי אמ"ש כן דעת כל הפסקנים דבזה כ"ע יודו מלבד שאין זה פשט דבריו עוד תימה דהא להמאור והרשב"א אפי' בנשא ונתן ביד פטור הדיין וכמבואר ועלה על דעתי לומר דכונת רי"ו היא לאשמועינן דין חדש דהיכא דנשא ונתן ביד לא מבעייא היכא דליתיה לבע"ד או דלית ליה לשלומי דחייב אלא אפילו אין הדבר תלוי עתה שיחזור הנה דלמחר ולמחורתו איהים בחזרה מ"מ אי נשא ונתן ביד חייב לשלם דהוי הדיין בע"ד של זה שחייבו בטעות מה שאין כן אם לא נשא ונתן ביד דוקא אם אי אפשר להחזיר בלל חייב לשלם הדיין אבל מתולא לא לא ידעתי מנ"ל הא ונ"ע:

ואיכא

ואיכא לעיוני בסברת הרי"ף היכא דטעה בדבר משנה ולא אפשר להחזיר הדין כגון דליקיה לבעל דין או דליכא לאשתלומי מניה מה דינו : והנה ודאי במומחה וקבלוהו או נקיט רשותא הא ודאי פשיטא דאפילו נשא ונתן ביד ואפי' אי אפשר להחזיר פטור הדיין דודאי כמה דסבר הרי"ף בטועה בשיקול הדעת דאפילו נשא ונתן ביד חוזר הדין בדין טועה בדבר משנה נמי לית ליה לשלומי פטור ומטעמא דפטר ר"ע לר"ט דמומחה לב"ד הוה וקבלוהו ואפילו נשא ונתן ביד כפי אוקמתא דר"ח דסבר דמתני' דבכורות בנשא ונתן ביד איירי ועלה קאי ההיא עובדא דר"ט ופטריה ר"ע משום מומחה וקבלוהו כדאוקמה רבי אבהו בפ"ק ע"ש גם בדליכא מומחה וקבלוהו ולא נשא ונתן ביד הא נ"כ פשיטא דאפילו אי אפ' להחזיר פטור והוא מבואר בלשון הרי"ף שכתב על דברי הגאון שאמר והשתא דס"ל כר"מ מי שאינו מומחה שטעה בשיקול הדעת אעפ"י שלא נשא ונתן אם אין הדבר מלוי שיחזור לחבירו ונתברר כי הוא גרם לממונו של זה שיאבד הרי זה חייב לשלם והאי סברא כמי ליתיה דכי אית ליה לר"מ ד"ד דדינא דגרמי הוא דאית ליה אבל גבי דטעה לית ליה האי סברה וכו' ועוד אי משום ד"ד קא מחייבת ליה אפילו טעה בדבר משנה ואין הדבר מלוי חייב וכי מפני שטעה בד"מ יהא נשכר וכו' ע"כ הרי מבואר דבשאינו מומחה וקבלוהו ולא נשא ונתן ביד פשיטא ליה להרי"ף דפטור וכודאי דהוי מטעמא דאמר בש"ס כיון דאלו הואי פרה דוגים לאו דינא השתא נמי לאו כלום עבד ובל זה ברור אך מאי דמספקא לן בדעת הרי"ף היכא דליתיה מומחה ולא קבלוהו ולא נשא ונתן ביד אי כמי דליתיה למומחה וקבלוהו ונשא ונתן ביד נמי דינו אי חייב הדיין כשאי אפשר להחזיר או לא והנה בדליתיה מומחה ולא קבלוהו אעפ"י שלא נשא ונתן ביד נראה לכאו' מדברי הרי"ף דחייב שהרי כתב בהא המושאה כטועה בשיקול הדעת אעפ"י שלא נשא ונתן ביד חייב מדינא דגרמי כיון דלאו דינא הוא הו"ל כגורם להפסד ממון חבירו וכונתו לומר דהוי כמזיק ממש דלכ"ע דיינינן דינא דגרמי כר"מ וזה ברור בדברי הרי"ף ובהכי אתי שפיר שמ"ש הגאון הרמ"ט בס' המכריע שלו סי' ל"כ על דברי הרי"ף כמה שדחה דברי הגאון הנז"ל וז"ל גאון אחר דמילתא דר"מ דאמר והוא שנשא ונתן ביד אתייא כרבנן דלא דייני דינא דגרמי והכן קי"ל כר"מ דדאין דינא דגרמי והרי"ף דחה דבריו ודברי הגאון נראין לי דהא אין הלכה כר"מ אמאי אמר אינו וקי"ל דדיינינן דינא דגרמי ומחייב ליה אעפ"י שלא נשא ונתן ביד עכ"ל:

ואחרי נשיקת עפרות רגליו אלף פעמים אוני רואה התחלה לקושיא זו המבואר הכבר בדברי הרי"ף דקוקא גבי דינא לא דיינינן דינא דגרמי אבל גבי מזיק ודאי דיינינן ומאן דליתיה מומחה ולא קבלוהו אלא דן בכפיה הרי זה בכלל ב"ז ואינו בכלל הדיינים ולכן כתב הרי"ף כיון דלאו דינא הוא הו"ל כגורם וקי"ל כר"מ דדאין ד"ד ודברי הרמ"ט צ"ע ומכ"ש לפי מה שנכתוב לקמן בעז"ה בדעת הרי"ף דדוקא היכא דקנים ליה לבע"ד ע"י מלך או שליט כה"ג דוקא הוא המחייב ליה הרי"ף אפי' לא נשא ונתן ביד דהוא נ"כ אין מקום לקו' הגאון כלל וצ"ע ואיך שיהיה כראה לכאורה מדברי הרי"ף דהדיוט ולא קבלוהו חייב מדר"נ אפי' שלא נשא ונתן ביד היכא דא"א לשחזיר וה"כ גם בטועה בדבר משנה וא"א להחזיר פטור ומטעמא שכתב הרי"ף ע"ד הגאון וכי מפני שטעה בד"מ יהא נשכר וכן הוכיח הש"ך בס"ק א' ע"ש אך אעיקרא דמילתא לע"ד אין זה עיקר בד' הרי"ף דהא ודאי אם לא נשא ונתן ביד אף שאינו מומחה ולא קבלוהו פטור והוא מדכתב הרי"ף וז"ל ואי טעה וקאנים ליה לבעל דינא ואפיק מיניה ממונא וכו' ואם לא נשא ונתן ביד הדר מרי דינא וכו' ואי ליתיה דליסקול מיניה משלם ליה מדיליה וכו' ע"ש ומשמע ודאי כמ"ש ואם לא נשא ונתן ביד הדסמיך ליה קאי הויינו כדקאמר אנים ליה לבע"ד ע"י מלך או שליט אבל אם דן ע"י כפיים בדין דוקא פטור דאתרי' כיון דאילו איתיה הוא הדר השתא נמי לאו כלום עבד וכן מבואר הדבר בדברי הר"ן שכתב וז"ל ומי שאינו מומחה דלא נתיר ולא סביר אע"ג דקבלוהו בע"ד מחזירין אם אפ' להחזיר ואם אי אפשר לשחזיר אם נשא ונתן ביד חייב לשלם ואם לא נשא ונתן ביד פטור דלאו כלום עביד אם לא שכפה אותם לשעמיד דינו מכח מלך ושליט והיינו בבא תמים' מהרי"ף והרמב"ם בפ"ו מה"ס תופס כהרי"ף עכ"ל הרי מבואר כמ"ש וא"כ דון מינה היכא דטעה בדבר משנה אפי' דליקיה מומחה ולא קבלוהו אם לא נשא ונתן ביד פטור כיון דאילו איתא הוא הדר השתא נמי לאו כלום עבד מלבד היכא דכפה אותם ע"י מלך ושליט דאין לך מזיק גדול מזה ודלא כמ"ש הש"ך ס"ק א' שו"ר להש"ך בס"ק מ"ה שכתרומה שחזר בו ע"ש והסכים במ"ש האמנם כמ"ש הר"ן והרמב"ם בפ"ו מה"ס תופס כהרי"ף ע"כ וגם כמ"ש הש"ך בס"ק מ"ה ולפסר דהרמב"ם ומחבר מיירי בכה"ג דכפוהו גם התשלומין וכו' דהא בלאו הכי יש חסרון בד' הרמב"ם וכו' ע"ש לדידי אחרי נע"ר ודאי שאין כן דעת הרמב"ם שהרי אית ליה להרמב"ם דאפילו בראוכא חדא לטיבותא כגון שהוא מומחה או קבלוהו אעפ"י שלא נשא ונתן ביד אם א"א להחזיר חייב הדיין לשלם ובזה חולק הוא אסברת הרי"ף כ"ש וק"ו היכא דאיכא תרתי לריעותא דאינו מומחה ולא קבלוהו דודאי חייב אם אי אפשר להחזיר וכן כתב הכ"מ על דברי מר"ן בכ"מ וכ"ו שהגיה בד' הרמב"ם כמ"ש ואם אין לו להחזיר וכו' ישלם דקאי גם אלא נשא ונתן ביד כתב עליו הכ"מ ופשט הוא שכך היא דעת הרמב"ם שהרי קודם זה פסק דאינו מומחה אפי' קבלו אם לא נשא ונתן ביד חוזר הדין ואם א"א לחזור ישלם מביתו א"כ כ"ש באינו מומחה ולא קבלוהו שהדין חוזר ואם א"א להחזיר ישלם מביתו עכ"ל ומ"ש עליו הרב ש"ך ס"ק מ"ד וז"ל לפע"ד האי ק"ו פרוכא הוא לפמ"ש לעיל ס"נ ס"ק כ"ו דהתם דכיון דאין הדין חוזר מעצמו לכך ישלם מביתו א"כ י"ל דהכא כיון דהדר דינא מעצמו דהא דונים להו דינא כלל א"כ לאו כלום עביד ופטור עכ"ל הש"ך ואחרי המחי' הראוי' לגדול שכמותו אין דבריו נראים כזה כלל דמ"ש בס"ק

בס"ק כ"ג וז"ל. מיהו נראה לי ליישב דברי הרמב"ם והמחבר בלשונם וכתבו כאן יחזור הדין ולא כתבו חוזר הדין כמ"ש בשאר דוכתי. עכ"ל לדידי אין זה דקדוק כלל דבשלמא אלו היו כותבים יחזיר הדין הוה ניחא דמשמע דהדיין הוא שיחזיר הדין אבל יחזור מעצמו משמע ואין צריך שהדיין יחזירו ועוד לדבריו נ"מ טובא לדינא היכא דליתיה לדיין להחזיר קם דינא והא ליתא כלל דכי הא דנפקא מינה טובא הו"ל לאשמועינן בפי' ובודאי הנמוך דכל היכא דהדין חוזר אפילו היכא דליתיה לדיין להחזיר כיון דידעינן דטעה חוזר הדין מעצמו ומחזירין הדין שאר החכמים. ולפע"ד ק"ו שעשה הרב כ"מ הוא ק"ו דמיפרך אך נראה לי לומר כדעת הר"ן דסובר דטעמיה דהרמב"ם שכתב בדיין דאית ביה חדא לטיבותא דאם אי אפשר להחזיר משלם אף על פי שאמרו בגמרא כיון דאיתא לפרה דינך להו דינא השתא נמי לאו כלום עבדת דטעמא הוא דהוא כטועה בדבר משנה שהוא טעות בדבר הפשוט א"כ שבע"ד פשע מעצמו שהלך על פיו ומש"ה אפילו א"א להחזיר פטור הדיין דאמרינן כיון דאלו איתא וכו' השתא נמי לאו כלום עבד משא"כ טועה בשיקול דלא ברירא טעותיה דהדיין כולי האי אם כן לא פשע הבע"ד במה שהאכילה לכלבים ולהכי אם אי אפשר להחזיר משלם הדיין וכן ראיתי בחי' רבינו יונה שכתב וז"ל הא דל"ל משום דאין ממש בדברי טועה בדבר משנה אמרינן לאו כלום עבדת ואיהו הוא דאפסיד אנפשיה אבל כטועה בשיקול הדעת דלא בריר טעותיה כולי האי לא אמרינן איהו הוא דאפסיד אנפשיה ולפיכך חייב עכ"ל ומטעם זה כתב הרמב"ם דכא"א להחזיר חייב הדיין לשלם ומעתה אין ראיה מזה לדליתיה מומחה ולא קבלוהו דהא ודאי הא דמי ממש לטועה בדבר משנה דכיון דאינו מומחה ולא קבליה הבע"ד לא היה לו לבע"ד להוציא ממון מידו על פי הוראתו ואיהו הוא דאפסיד אנפשיה ולפיכך אם לא נשא ונתן ביד סבר הר"ן כדעת הרמב"ם דפטור כטועה בדבר משנה משא"כ היכא דאיכא חדא לטיבותא דלא פשע הבע"ד לא אמרינן ביה כיון דאלו איתא וכו' וכמ"ש ר"י ומעתה לפי זה ק"ו שעשה הכ"מ ק"ו פריכא הוא דשאני התם דלא פשע הבעל דין מה שאין כן הכא דפשע הבעל דין וכמ"ש ודוק.

הנה נתבאר לפע"ד דעת הרי"ף דהיכא דטעה בד"מ והוא אינו מומחה ולא קבלוהו אם לא נשא ונתן ביד פטור ומטעמא דאמרינן בש"ס כיון דאלו איתא הוה הדר השתא נמי לאו כלום עבד. מעתה נשאר לנו לברר היכא דנשא ונתן ביד והוא מומחה ולא קבלוהו או הדיוט וקבלוהו מה דינא היכא שאי אפשר להחזיר והנה הסמ"ע בס"ק ז' כתב וז"ל עיין בב"י ובכ"מ שדקדקו מלשון הרמב"ם ובדרישה הוכחתי דהרי"ף והרמב"ם ס"ל דאפילו טימא או האכיל בידיים נ"כ גורם להזיק מקרי כיון שכוונתו היה לדון ולהורות הלכה למעשה לא להזיק נתכוון וע"ש שכתבתי טעם לחלק בין טעה בדבר משנה דפטור בכל ענין ובין טעה בשיקול הדעת דאינו פטור בכל ענין עכ"ל מבואר דסבר כדעת הרי"ף דאפילו נשא ונתן ביד פטור

ויותר מזה כתב הרב בעל גור אריה בס"ק ב' וז"ל כתב הסמ"ע עיין בב"י ובכ"מ שדקדק מלשון הרמב"ם דלא מיירי אלא בשלא טימא או האכיל בידים דאם עשה כן הוא מזיק ממש וחייב ובדרישה הוכחתי דהרי"ף והרמב"ם ס"ל דאפי' טימא או האכיל בידים גורם מקרי עכ"ל ואין הל' מדוקדק דהא הב"י ובכ"מ לא הזכירו בסברא זו הרי"ף כלל ועיקר רק הרמב"ם בלבד אבל הרי"ף כתב בפי' שהוא פטור בסברא המתבר עכ"ל. והנה אמת דדברי הגור אריה תמוהים בעיני מאד דאיך כתב דהרי"ף כתב בפי' שהוא פטור דהיכן מלא כן בהרי"ף הלא לא כתב הרי"ף על דברי הגאון אלא בשלא נשא ונתן ביד דאם באת לחייבו תריכא דגרמי בטעה בשיקול הדעת גם טעה בדבר משנה דוכי משום שטעה בדבר משנה יהא נשכר אבל היכא שנשא ונתן ביד לא הוזכר בדברי הרי"ף כלל ועיקר והדרכא לפי עכ"ד דעת הרי"ף ברור דכשנשא ונתן ביד ואי אפ' להחזיר חייב וכמו שאכתוב בע"ה. ומ"ש הרב גור אריה על דברי הסמ"ע אין הלשון מדוקדק וכו' אנכי הרואה דלשון הסמ"ע שהעתיק הרב ז"ל הוא מדוקדק שפיר שכתב שהב"י והכ"מ דקדקו מלשון הרמב"ם וכו' ולא נזכר הרי"ף אבל הוא ז"ל בדרישה הוכיח דהרי"ף והרמב"ם פטרי והוא מדוקדק היטב ואם כונתו דלהרי"ף אין צריך הוכחה דהוא כתב בפי' שהוא פטור הא ודאי ליתא כלל וכמ"ש. אך באמת הלשון הכתוב בסמ"ע לפנינו אינו מדוקדק כל כך שכתוב עיין בב"י ובכ"מ וכו' ושבזה מודים הרי"ף ז"ל והרמב"ם ז"ל שמתחייב לשלם וכו' וזה שכתב שבזה מודים הרי"ף וכו' אינו מדוקדק שהרי לא נזכר בב"י ובכ"מ הרי"ף ושמא על זה כוון הגור אריה וק"ל:

וראיתי להרב בעל ט"ז שחלק על הסמ"ע והביא לשונו בקיצור וז"ל ואם א"א להחזיר וכו' נראה דמיירי בלא נשא ונתן ביד ומ"ש והאכילוהו היינו ע"י הוראתו ואע"ג דהרמב"ם עצמו כתב והאכילה מיירי שהנשאל (שהשואל כ"ל) האכיל ע"י ציווי שלו וראיה דבפרק אד"מ אמרינן והאכילה ר"ט לכלבים ומוקים לה רב חסדא שלא נשא ונתן ביד וכ"ד הב"ח בדברי הרמב"ם וכו' ובאמת נראה שהרמב"ם הכי ס"ל דאי בנשא ונתן ביד מיירי קשה מ"ט פוטר הרמב"ם טועה בד"מ טפי משיקול הדעת שכתב המחבר בס"נ וכו' ובסמ"ע חולק על הב"י ופסק אפילו האכיל בידים פטור וכו' ולא ידענא למה נתחייב בשיקול הדעת בס"נ עכ"ל. והנה מ"ש וראיה דבפרק אחד דיני ממונות אמרינן והאכילה ר"ט לכלבים ומוקי לה ר"ח שלא נשא ונתן ביד לא ידעתי מאי קאמר דהא רב חסדא מוקי למתני' דבכורות בנשא ונתן ביד ולהכי רישא בהדיוט וקבלוהו חייב וסיפא במומחה וקבלוהו פטור ועלה קתני מתני' מעשה דר"ט וכו' דפטריה ר"ע מטעם מומחה ובודאי דנשא ונתן ביד מיירי דומיא דרישא והיינו דהאכילה ר"ט לכלבים כמשמעה בידים האכילה ואיך כתב דמוקי לה ר"ח שלא נשא ונתן ביד ובודאי לע"ד דט"ס נפל בספרים וצ"ל ומוקי לה רב ששת שלא נשא ונתן ביד דהא הוא מפרש קרא ועוד קאמר קרא דטועה בד"מ חוזר והיינו כיון דאלו איתא הוה הדרא השתא נמי לאו כלום עבד ואם

נשא ונתן ביד טועה עבר כמ״ש התוס׳ אלא ודאי דלא נשא ונתן ביד ופי׳ האבילה שהשואל אכילה ע״י הוראתו וק״ל׃

אמנם מ״ש דודאי הרמב״ם הבי ס״ל מדחייב בשיקול הדעת בסעיף ג׳ ומזה נחלק על הסמ״ע וכתב ולא ידעתי למה נתחייב בשיקול הדעת לפע״ד איננה ראיה כלל דאפשר להרמב״ם ס״ל כדעת המאור והרשב״א דבטעה בדבר משנה פטור הדיין משום פשיעותא דבע״ד דלא הוה ליה למסמך עליה ולהניחו לישא וליתן ביד כיון דדבר ברור הוא ודוקא טועה בשיקול הדעת חייב הדיין כיון דאין הטעות בדבר הפשוט וכבר כתב הסמ״ע עצמו שבדרישה כתב טעם לחלק בין טועה בדבר משנה דפטור בכל ענין ובין טועה בשיקול הדעת דהיינו פטור בכל ענין ואנו לא זכינו להורו של הדרישה על סי׳ זה ומ״מ לפע״ד אין ראיה כלל ממה שחייב הרמב״ם בשיקול הדעת ולהכי הב״י והכ״מ לא הביא ראיה זו וגם הב״ח שחלק על הב״י לא נינס מזה׃

וראיתי להרב בית יעקב בתשו׳ ס״ס נ״ו שהביא דברי הסמ״ע הנ׳ וכתב עליו וז״ל וקמוהים דבריו שהרי בהדיא כתבו התו׳ דהא מוקמינן דלא כר״מ הם טימא בורים הוי כמו מזיד וחייב ולסברת הסמ״ע איכא שלש מחלוקות בדבר דלהרמב״ם והרי״ף אפי׳ האכיל בורים פטור ולסברת יש חולקים שבש״ע אפי׳ לא האכיל בורים חייב ולש׳ התו׳ שכתבתי היכא דהאכיל בורים חייב ובשלא האכיל בורים פטור והוא תימה דכל הפוס׳ לא הביאו רק שני דעות בזה ולא ג׳ דעות של ודאי שהאמת הוא כמ״ש הב״י וכו׳ ובזה ליכא רק שני דעות בזה ולא נעשה מחלוקת בין הפוסקים דלא כסמ״ע עכ״ל ואנכי הרואה שדברי הבית יעקב תמה תמוהים לע״ד דמה שהביא מדברי התוספות דגיטין דכ״ג וכ״כ בסנהדרין דהוי כמו מזיד הינה ראיה דס״ל דבטועה בר״מ ודאי חייב אם נשא ונתן דמ״ש התו׳ הוא על מתני׳ דדן את הדין דמיירי בטעה בשיקול הדעת ואפשר לומר דשאני התם כיון דאיכא פלוגתא דתנאי או אמוראי איך אפשר לומר לדיין לעשות כחד מנייהו ולישא וליתן ביד דאפשר דאין הלכה כאותו הנא או אמורא וכודאי דהוי כמזיד אם שנושא ונותן ביד אבל בדבר שלא ראה בו מחלוקת וטעה ודן אפי׳ דלפי האמת טעה בר״מ אך יותר מקרי אונס כיון שפשטא ולא מצא לפי דעתו מי שחולק בענין ואף שנאמר דהתו׳ בין בטועה בר״מ בין בטועה בשיקול הדעת חד דינא אית להו מ״מ מ״ש ולש׳ הסמ״ע שלש מחלוקות בדבר וכו׳ שדבר תמוה איך לא ראה דאיך שיהיה שלש מחלוקות בדבר דלסברת בעל המאור והרשב״א אפי׳ שנשא ונתן ביד וא״א להחזיר אפ״ה פטור הדיין משום פשיעותיה דבע״ד וכמבואר בדבריהם בפי׳ והביאם הב״י ולש׳ הרא״ש והטור אפי׳ לא נשא ונתן הדיין ביד חייב ואם היש חולקים שהביא רמ״א ולש׳ הרמ״ה שהביא הטור אם לא נשא ונתן ביד פטור ואם נשא ונתן ביד חייב א״כ כיון שנאמר דהרמב״ם ס״ל דחייב בנשא ונתן ביד כיון אם נאמר דס״ל הפטור אכתי ג׳ מחלוקות בדבר ודברי הבית יעקב אחרו נע״ד בזו שלא בהשגחה ול״ע עיין בתשובת הרדב״ז ח״ג סי׳ תק״ד ודבריו צ״ע ע״ש

ומ״מ איך שיהיה לענ״ד עיקר כדעת הרי״ף דאם נשא ונתן ביד חייב ודלא כהסמ״ע והגור״ה היה וסוה מת״ש על דברי הגהון שחייב בלא נשא ונתן ביד וכתב עליו דאי מדיוקא דגרמי קא מחייבת ליה גם בטועה בר״מ יהא חייב וכו מפני שטעה בר״מ יהא נסבר ע״כ משמע דכל היכא דחייב אם טעה בשיקול הדעת גם אם טעה בר״מ חייב ולא צריך ליה טועה בר״מ א״כ כיון שהוא פוסק בטועה בשיקול הדעת או היכא חדא לריעותא אם נשא ונתן ביד חייב גם בטועה בר״מ אם א״א להחזיר הדין כן דוכי משום שטעה בר״מ יהא נסבר וכן הבין הרמב״ן במלחמות בדעת הרי״ף וז״ל אבל ודאי אי נשא ונתן ביד וליתא למתוכא דתהדר מודה אני שאפי׳ טועה בד״מ נמי משלם בטועה בשיקול הדעת וכן נראה מדברי רבי׳ הגדול ז״ל עכ״ל וכן הכריע הרב בש״ך ס״ק א׳ וס״ק ד׳ וראיתי להרב לחם רב בתשו׳ סי׳ פ״ד שהקשה על סברה זו שהיא סברת הרמ״ה שהביא הטור וז״ל וקשיא לי לסברת הרמ״ה א״כ אמאי דחיק תלמודא פ׳ אד״מ לשנויי עובדא דר״ט כי היכי דלא תיקשי לרב ששת דאמר טועה בר״מ חוזר ואמרו שם חדא ועוד קא׳ וכו׳ לוקמה עובדא דר״ט בנשא ונתן ביד וכן מש׳ לשון והאכילה לכלבים ומפני כך הוצרך לפוטרו מפני שהוא מומחה דאם לא היה מומחה חייב כיון שא״א לחזור שכבר האכילה לכלבים הכל משתא שהוא מומחה וקבלוהו פטור אע״ג דנשא ונתן ביד לדעתו וצ״ע עכ״ל ולי הני העבר לא קשיא בלל דהא ודאי רב ששת לא שני לה בין נשא ונתן ביד אם לאו אם טעה בשיקול הדעת ולהכי אוקמה למתני׳ דבכורות בטועה בשיקול הדעת וחייב אפי׳ לא נשא ונתן ביד ועלה קאי מעשה דר״ט ומוכרח דשוי דומיא דמתני׳ דמיירי בלא נשא ונתן ביד ותדא ועוד קאמר חדא בטועה בר״מ חוזר כלומר דאילו איתא וכו׳ והיינו בלא נשא ונתן ביד ולר״ח אם כ דהוי שינויא כמ״ש הרב דכיון דמוקי מתני׳ בנשא ונתן ביד גם עובדא דר״ט הכי הוי ואם כן אף דסבירא ליה כר״ש דטועה בר״מ חוזר שוה דבר מוסכם הלוכא דכ״ע אפ״ה ל״ק ליה הך קושיא דאותביה רב המנונא לר״ש כיון דלדידיה מתניתין בנשא ונתן ביד מיתוקמא וא״א להחזיר מש״ה א׳ ליה מומחה אתה ופטור דאם אינו מומחה חייב כיון שנשא ונתן ביד וכ״כ הש״ך ס״ק א׳ אות ג׳ וז״ל דהא משמע להדיא בש״ס דר״ח בעי לשנויי שנוייא אחרינא דל״ת קושיא קמייתא דאותביה ר״ח לר״ש וכו׳ דלא צריך לרחוקי ולתרוצי חדא ועוד אלא ר״ח מתרץ דמתני׳ דבכורות בנשא ונתן ביד וא״כ אף בטועה בדבר משנה חייב וכו׳ ע״ש והנה דלכאורה נראה שדברי הש״ך הם הפך מה שפרש׳ במלחמה דר״ח וז״ל ר״ח מהדר לעיל לשנויי מתני׳ דדן את הדין עכ״ל וכן ראיתי בס׳ פני מבין שהביא קצת מהאחרונים שהקשו כן להש״ך מ״מ לדידי ל״ק כלל דודאי אמת הדבר דר״ח אתא לתרוצי מתני׳ דלעיל אך טעמא דדחיקא ליה לאוקמה כר״ש אע״ג דמודה ודאי בדינו של ר״ש דלכ״ע טועה בר״מ חוזר הוא משום דקשיא ליה מאי דאקשי ליה ר״ח לר״ש

לר"ש ומש"ה הוכרח לומר דמתני' כנשא ונתן כיד דוקא מיירי ולהכי חייב וכהא סתרלא ליה שפיר קושיית דר"ה ואין מדברי רש"י סתירה לדברי הש"ך כלל כנ"ל אך לע"ר יש לדקדק לש' זו דא"כ אמאי לא הוקמה בגמ' כולי מתניתא כטעה בד"מ ומתני' דקתני מחזירין היינו היכא דאפשר להחזיר כהקי"ל טועה בד"מ חוזר ומתני' דבכורות נמי כן כטועה בד"מ ורישא דמיירי בלא מומחה ונשא ונתן כיד אע"ג דקבלוהו חייב וסיפא דמומחה וקבלוהו פטור וכולא מתני' דבכורות בדאי אפשר להחזיר כגון דליקים וכו' ובשבי אתייא הכוא מעשה דר"ט דומיא דרישא ממש דאיירי בטועה בד"מ ונשא ונתן כיד וא"א להחזיר וכיולא בזה ראיתי להרב ראם יוסף בסי' זה הגהה ד' שהקשה אדברי רב האי גאון שהביא הטור יע"ש ויש ליישב דהא דלא אוקמה הכי מטעמא דלישנא דמה שעשה עשוי דקתני מתני' דבכורות לא משמע הכי כלל וכן נראה לי לדקדק מדברי רבינו יונה בתי' דמ"כ שע"ג שכתב וז"ל ואף בטומאה את הטהור לא שייך למימר מה שעשה עשוי דהתם כיון דהגע בהו שוב אי אפשר להדר משום מגע טמאים עכ"ל ורוצה לומר דלא שייך למימר מה שעשה עשוי אלא דהיכא דאפשר להחזיר ואפילו הכי מכח הדין אמרינן מה שעשה עשוי והיינו חוזר אבל בשאי אפשר להחזיר לא שייך למימר מה שעשה עשוי דהיינו עשוי מכח הדין אלא משום דאי אפשר לחזור משום מגע טמאים ומש"ה הוכרח רבינו יונה ז"ל דסבר הש"ס דכיון דאסיק עלה שמה דטרפות אסרה וא"א לחזור מכח דינו ע"ש וא"כ בהא איכא קושיין דליכא למימר כולה מתני' דבכורות בדא"א להחזיר דלישנא דמה שעשה עשוי לא משמע אלא מכח הדין ולא משום שאי אפשר בחזרה ודלא כהרא"ם יוסף שהניחם בקושי וע"ש מעתה זכינו לדין כדעת הרי"ף כמ"ש הש"ך דאם נשא ונתן ביד והוא מומחה ולא קבלוהו או איפכא וא"א להחזיר חייב הדיין אבל במומחה וקבלוהו פטור וכן מבואר בב"י ובכ"מ ואל יקשה לכך ממ"ש בב"י וז"ל וכן אע"ג דלא נט"ר אי קבלוהו עלייהו כיון דמומחה הוא איכא למימר דאדעתא דהכי קבלוהו עלייהו שאם יטעה בשיקול הדעת ופטור אפילו נשא ונתן ביד עכ"ל משמע דוקא בשיקול הדעת אבל בטועה בד"מ חייב אם נשא ונתן ביד אפי' במומחה וקבלוהו דשא ודאי ליתא דבלשון זה קעסיק הכא בטועה בד"מ ומה לו הכא בטועה בש"ה ועוד דמבואר בכ"מ אפילו דלישנא קיטעא הוא ור"ל דאדעתא דהכי קבלוהו לדונם כפי שיקול דעתו ויפטר בכל ענין כיון דמומחה הוא וא"כ האי לישנא שכתוב בב"י שאם יטעה בשיקול הדעת לא דייק כ"כ ואפי' אטועה בדבר משנה הדין כן ומעתה נראה שדעת הרי"ף כהרמ"ה וגם הרמב"ם נראה כן דעתו אף שאפשר דסבר דטעמים דטועה בד"מ כשמאור מ"מ ממ"ש שגרם להזיק ומש' דוקא בלא נשא ונתן ביד כמו שדקדק בב"י וכ"כ דעת הגאון בש' המכריע שכתב וז"ל ואם טעה בד"מ אע"ג דנשא ונתן ביד חוזר הדין ומיהו דוקא אם הוא בר ההדורי אבל לאו בר אהדורי כגון פרה דר"ט דהאכילה לכלבים או כגון שטימא הטהרות בידיו אם היה מומחה פטור ואם לא היה מומחה חייב וחוזר הדין כמו שטעם בש"ה כאומרים בגמרא מאי קמותיב ר"ס לר"ש מפרה הא ליתא דהדר פי' ומשום הכי פטרים ר"ע משום דמומחה אלמא מומחה פטור ושאינו מומחה חייב עכ"ל וכן נראה דעת הנמק"י בשם הרא"ה וכן כל עיקר לדינא ובפרט אגן דבתריה דמרן גרירן ·

והנה הב"י כתב בפרק הד"מ דאם טעה בדבר שנאמר בספק בש"ס כגון שנסו בעיו דקיימי בתיקו דהוי חומרא לתובע וקולא לנתבע ולא עבד הכי טועה בד"מ הוא שהרי נפסק הדין לפי הכללות המסורות בידינו ע"כ והרב ש"כ ס"ק כ' כתב עליו ולא נהירא לי דהא לא שייך לומר טעה בדבר משנה אלא כשמתברר מתוך המשנה או הש"ס שטעה בודאי אבל בבעייא דסלקא בתיקו לא מתברר שטעה ונראה דאפילו כטועה בשיקול הדעת נמי לא הוי אלא מה שעשה עשוי ופטור מן התשלומין ונראה דהב"י אזיל לטעמיה שכתב בדיש שנים אוחזין וז"ל הילכך בכל תיקו שבש"ס תקפו תובע מוציאין ממנו וכו' אבל לפי מה שהעליתי בספרי ק"כ דתפיסה מהני בתיקו כל שכן דדיינא דעביד הכי מה דעבד עבד ונראה דלא ישלם דהכי משמע פשט הש"ס ופוסקים דמה דעבד עבד וכו' וגם נראה דאפילו הה"ל בתיקו לא מהני תפיסה וכו' כיון דתפיסוהו ב"ד הו"ל כתפס ברשות דמהני תפיסה לכ"ע עכ"ל ·

ואנכי עפר אחרי כע"ר ב"ל דדברי הב"י ז"ל נכונים בראי מוצק דמ"ש הש"ך דלא שייך לומר טעה בדבר משנה אלא כשמתברר מתוך המשנה או הש"ס וכו' ליתא לע"ר דהא ודאי כל שטועה בדבר הפשוט ומוסכם לכ"ע הוי כטועה בדבר משנה ממש וזה הדבר דקי"ל בכל תיקו דממונא חומרא לתובע וקולא לנתבע הוא דבר פשוט ומוסכם ומ"ש הב"י אזיל לטעמיה וכו' אבל לפי מה שהעליתי וכו' אחרי המחילה הראויה אין דבריו נראים לי כלל אלא דלע"ד הדבר ברור דחייב הדיין לשלם דהגם דנימא דתפיסה מהני בתיקו כיון דהוא אתפסיה הוי דינא דגרמי ממש והיא לזה ממ"ש בגמרא בב"ק ר"מ ודמ"ה דא"ל בעלים לשומר אתפסיה לתורא' כיון דלא יכולנא לאשתעויי דינא בהדיה ומטעמא דפריש בגמרא דאי הוה בידי הוה מעקרנא ליה מניסיהו וכ"ש לפי מ"ש התוס' שם ד"ה בר"ה הוה מעקרנא ליה וכו' וכ"ל שר"ל מתוך דברים אלו שהייתי עושה היה ניזק מתפשר עמי בדבר מועט והיה מוחל לי ונמצא שהפסדתני כל היתרון עכ"ל · והשתא ק"ו הוא ומה התם דמן הדין רוצים ב"ד לחזור אחריו ולהיפסו ואפ"ה כיון דהתפיסו שומר חייב כ"ש הכא דאין לב"ד לחזור אחריו והדרכא פוסקים לו הדין לקולא לנתבע הנם אם נאמר דאם הנתבע תפס מעצמו מפני פשיטא אם הדיין תפיסו חייב דא"ל אתפסיה לממונאי כיון דלא יכולנא לאשתעויי דינא בהדיה והייתי אני מבריח ממוני ממנו ולפחות שהיה מתפשר עמי בדבר מועט ונמצא שהפסדתני וכ"ש וק"ו אם נאמר דהתפיסה מעצמו לא מהנייא אבל אם התפיסו הדיין מהני דודאי אין לך מזיק גדול מזה והוא ליה גרמי ממש ועיין בדיני הקי"ל דס"ל להפוסקים דאם הוציא מהמוחזק במקום שיכול לומר קי"ל הוי טועה

כדבר משנה. וכדברי הנ"י. עיין בכרס"ך ח"נ סי' ק"ז חורת אמת סי' ר"ז ועיין סי' קי"ב ועיין בה"ג הנה"ע אות כ"ה. הנהב"י אות ל"ח. ועיין דיבר משה ח"ב ח"מ סי' ד' ועוד האריך בזה לקמן אם יעזור ה' לי:

אחרי כותבי כל אלה הדברים הנז"ל כרגע נראה לי כהעברה בעלמא ס' חמרא וחיי שיטה למסכת סנהדרין ובסוף הס' הנז"ל קונ' נקרא חמר חיור עתיק חי' מהראשונים ז"ל וראיתי בסוגיין שסביא לשון מהרב המאירי ז"ל ולפום ריהטא עמדתי בקלא דברים שכתב הרב ז"ל וז"ל ומה שנר' להרי"ף ז"ל אחר שליף דברים שבסוגיא זו שיש לחלק ענין זה לשבה חלקים אחד בין במומחה בין שאינו מומחה ושלשה במומחה ושנים בשאינו מומחה הא' בין במומחה בין בשאינו מומחה הוא בטעה בד"מ שאין דינו דין כלל ואפילו נשא ונתן ביד ואפילו נט"ר ואפילו קבלוהו בע"ד עליהם לעולם חוזר הדין. ומ"מ אם אי אפשר להחזיר כגון שטימא את הטהור והשליכוהו או בטל הזכה ממונו והלך לו הואיל ואלו היה הדבר בידינו היה הדבר חוזר נמצא שלא עשה כלום ופטור אפילו נשא ונתן ביד שהרי אמרו בכאן אלו סוק פרה הוה הדרא דינך לאו דינא השתא נמי לאו כלום עבדת ואעפ"י שר"ט נשא ונתן ביד שהרי הוא עצמו האכילה לכלבים וא"ת הואיל ונשא ונתן ביד ליהוי מזיק גמור נראה לי שמ"מ הרי הוא כמזיק ברשות כיון שבאו לפניו לדין אף לגוראה ואעפ"י שאמרו מזיק ברשות חייב דוקא ברשות חכמים כגון פסחן שדולק בנ"ח וכן אותם שפוקקים ביבותיהם אבל זו כעין מזיק ברשות הניזק ואין לחייבו מד"ר שאין ד"ר אלא בשכוונתו להזיק ומ"מ יש אומרים שאם נשא ונתן ביד שהרי אסר שאינו דין מזיק בידים והם מפרשים שלא שהאכילה ר"ט עצמו אלא האכילום ע"פ וכו' עכ"ל הנה נראה דעתו בזה כדעת הסמ"ע שכתבתי לעיל אך מ"מ מ"ש דאפילו נשא ונתן ביד פטור שהרי אמרו בגמרא על פרה דר"ט כיון דאזלו איתא וכו' השתא נמי לאו כלום עבד וכו' דבריו אינם מובנים דודאי סברה הוא מ"ש התוס' דהא האכילה בידים טובא עבד ולא אפשר למימר לאו כלום עבדת ועוד דלהרי"ף שהקשה על הגאון וכתב עליו דהי משום דר"נ קא מחייבת ליה גם בטועה בד"מ יהא חייב וכו' משמע דהיכא דחייב בטועה בש"ה גם בטעה בד"מ חייב דאטו משום דטעה בד"מ יהא נפטר. ולהא יש ליישב דטעמא דהרי"ף דחייב בטועה בש"ה היינו משום דינא דגרמי הלא משום דמה שעשה עשוי חיישינן לפסידא דבע"ד ומחייבינן ליה אבל בטועה בד"מ שחוזר לא מחייבינן ליה. אבל לדברי הגאון שמחייב משום דינא דגרמי קא מקשה הרי"ף דא"כ גם בטועה בד"מ יתא חייב מדינא דגרמי ובזה נתיישבו דברי הסמ"ע שהבדתנו לעיל מדברי הרי"ף הנז' דלא כוותיה דמר' דיש לדחות קראיה וכמ"ש. אבל שנאמר דאפילו האכיל בידים לאו כלום עבד זה אין הדעת סובלו:

עוד כתב שם בחי' המאירי ס"ד מומחה שלא נט"ר ולא קבלוהו אם נשא ונתן ביד דינו דין ומשלם ואם לא נשא ונתן ביד חוזר הדין אלא שאם א"א לסחור משלם והוא שאמרו אי לא קבלוך זיל שלים וי"א בזה דינו דין ופטור וראיה מפ"ב שאמר ר"ח בכבר הורה זקן וכו' וכן בירוש' וכו' ואין זו ראיה שר"ש לא טעה בבירור וכו'. ועוד שר"ש ור"ח קבלום שהרי דיינים קבועים הוו עכ"ל והנה מה שסביא שיש אומרים ודחה ראייתם הוא מה שהביא הרי"ף פירוש לחד מרבוותא שכתב כן והביא ראיה מר"ש ור"ח והוא דחה ראייתו כדבחי המאירי ז"ל אמנם מ"ש ואם לא נשא ונתן ביד חוזר הדין ואם א"א להחזיר משלם וכו' אנכי כעני נפלאתי על הדבר איך כתב כן כדעת הרי"ף שהרי בפי' ה' הרי"ף על דברי הגאון שחייב הדיין אם א"א לסחור וז"ל ושאי סברא ליתא וכו' דאם כן אין לך אדם שאינו מומחה שנעשה דיין לעולם וכו' יע"ש וכוונתו דה"ה במומחה ולא קבלוהו הדין כן דאם כן אין לך מומחה שיכוף אדם לעולם ולא מלינו לשום חד מרבוותא כלל שיחלק בין שאינו מומחה וקבלוהו למומחה ולא קבלוהו שכאמר הרי"ף לא כתב אלא דוקא כשאינו מומחה וקבלוהו אבל במומחה בלא קבלה חייב ודברי הרב המאירי לפום ריהטא הם תמוהים בעיני ולע"ע:

ישוב עיינתי וראיתי שמ"ש המאירי לעיל דאפי' בנשא ונתן ביד פטור אינו סותר מ"ש לעיל דמה שכתב כן הוא דוקא על מומחה וקבלוהו עליהם דבוק כ"ע יודו וכן נראה מריהטת לשונו שכתב כיון שבאו לפניו לדין הרי הוא כמזיק ברשות ודוקא על המומחה וכיון שבאו לפניו הרי הוא קבלה ממש וכמבואר בירוש' שהבאתי לעיל אבל מ"מ לאו מטעמא שכתב כיון דאזלו וכו' דהא ודאי ליתא לע"ד דודאי מה שנשא ונתן טובא עבד אלא כיון דמומחה וקבלוהו אנוס הוא כנ"ל:

פיש נכון לבירורי במילתיה דהרי"ף ז"ל בנ' הדיוטות מה דינם אם קבלום או אם לא קבלום ועל דבר זה ראיתי בתשו' להרב המבי"ט בח"א סי' ס"ב שכתב וז"ל בתחילת התשובה בו גם שיש טעות בדין הוא בשיקול הדעת ומה שעשה עשוי והדיין פטור וכו' ואף לדעת הרי"ף והרמב"ם ז"ל שכתבו ביחיד מומחה וקבלוהו חוזר הדין אם אפשר להחזיר נראה דהוי דוקא ביחיד מומחה אבל בג' אפילו הדיוטות אפשר דקם דינא אפילו היכא דאפשר להחזיר כיון דעדיפי מיחיד מומחה דהורשה בפניהם הוית הוראה וכו' עכ"ל ולי אני הדל אחרי בע"ר אין נראה לי כלל שיסבור הרי"ף דבשלשה הדיוטות קם דינא ופטורים חדא דאי איתא הו"ל להרי"ף ז"ל לאשמועינן חידושא בכה"ג אתריכם בג' הדיוטות דקם דינא ופטורין ועוד לרב הוראה דפסקי כוותיה וחייש לפסידא דבע"ד אמאי בג' הדיוטות לא חיישינן ועוד נ"ל ברור שכל הראשונים סברי דלא כוותיה דהרב ז"ל כות שהרי ראינו לרבינו יונה והעיטור והרא"ש שהקשו על הרי"ף ז"ל במה שפסק שאין חוזר במומחה וקבלוהו ממ"ש בגמרא לעיל ד"ה אלא מעתה טעו לא ישלמו ומשני כ"ש שאתה נועל דלת בפני לווין והקשו דאי איתא לסברת הרי"ף מאי נעילת דלת איכא אלא הדין חוזר לסברתו וכבר אנן בעניותין הבאנו קושיא זו לעיל ותירצנו אליבא להרי"ף ואי סברי כדעת הרי"ף דדין ג' הדיוטות שאני מדין יחיד מומחה מאי מקשה מדלעיל דקאי אג' הדיוטות

וקאמר

וקאמר הש"ס אלא מעתה טעו לא ישלמו ודינם דין שהרי הודאה בפניהם הויא הודאה משא"כ ביחיד מומחה ומשני כ"ש שאתה נועל דלת בפני לווין אם נאמר דדינם דין ופטורים ועוד מהסוגי' עצמה נראה דב' הדיוטות משלמין ומשום נעילת דלת וכאמת שלזה יש לתרץ דסוגיית מיירי בלא קבלוה ומשום הכי משלמין משא"כ בקבלוה :

הנה כמה שהקשו התו' בטיהר את הטמא איך אפשר לומר דמה שעשה עשוי ואמאי ישלם מביתו כזה ראיתי להר"ן בחי' לסוגיין שכתב בשם הר' דוד תלמידו של הרמב"ן ז"ל שתירץ דכיון דטיהר את הטמא הרי זכה בעל הדבר כמאי דטיהר לו והרי שוה אללו ממון וזכה בו וא"כ כי הדר מטמא ליה הרי מפסידו כמה שזכה כבר וזהו מה שעשה עשוי דהיינו שכבר זכה בממון וזה אי אפשר שהרי הוא טמא ואי אפשר ליטהר ולהכי משלם מביתו עכ"ד והנה עפ"י דברים הללו נראה ליישב דעת הטור כמ"ש על דברי הרמ"ה וז"ל וא"א ז"ל כתב ולא הוא ר' ישמעאל וכו' ויראה מדבריו שאם היה הטעות בשיקול הדעת מיד כשפסק הדין אעפ"י שעדיין לא הוציא מיד המתחייב קם דינא ומה שעשה עשוי וחייב הדיין וכו' וכתבתי למעלה שתמהו עליו הש"ך והפ"א ע"ש ועפ"י דברי הר' דוד הנז' נראה לומר דאין כונת הטור דמיד כשפסק הדין חייב הבע"ד לשלם לחבירו אלא שכונתו לו' דנראה מדברי הרא"ש דקשיא ליה אמאי לא חייבו ר"א לר"ש לשלם ותי' דלא הוה ר"ש טועה וכו' משמע דאם היה טועה חייב וס"ל כהר"ד דכיון שכבר זכה בדין חייב הדיין לשלם מביתו ובזה נתיישבו קושיות הש"ך איברא דלדידי דברי הר' דוד הנז' אין הדעת סובלתם שהרי כל טעמא דמתני' הוא משום דינא דגרמי וכמ"ש הרא"ש והעיטור והמאור וא"כ הכא מה ענין דר"נ לכאן דמה חיסרו ומה הזיקו שיהיה חייב ונריעא אפי' מדין גרמא בנזיקין דקי"ל דפטור ומכ"ש לדעת הרי"ף והרמב"ם דס"ל דאין דינא דגרמי כדין ומתני' דוקא בנשא ונתן ביד אבל לא נשא ונתן ביד אפי' טימא את הטהור הדר דינא ולא משלם ואיך אפשר לומר דבדיבור בעלמא זכה הבע"ד ויתחייב הדיין לשלם לו והדברים תמוהים בעיני ול"ע ·

ע"כ נמלא ותבל על דאהרין ול"מ

ה שם סי' ל"ב סעיף ז' והא דנאמן לומר משטה דוקא שלא תבעו בשעת מיחה אבל אם תבעו בשעת מיחה והודה לו בניו חייבים לשלם וכו' עכ"ל הנה מהרש"ך ז"ל בח"ב סי' ל"ח נסתפק וז"ל איברא דאיכא לספוקי בהך מילתא שהרי כתבו הפוסקים וכו' דאין אדם משטה בשעת מיחה וכיון דשעתא דאהני טענת משטה כפי מה שיראה מדברי הטור משום שיכול לומר כשם שאתה השטית בי דבר שלא היה לך כידי כן אני השטיתי כך להודות וכו' וכיון שכן דאמרינן אא"מ בש"מ א"כ נראה שאין מקום לומר כמו שהשטית וכו' כיון שהיה בש"מ וכו' עש"כ והנה לכאורה יש להביא ראיה לפשוט ספיקו של הרב ז"ל דודאי בכה"ג דתבעו בשעת מיחה הודאתו הודאה והוא ממ"ש בעה"ת שער מ"ב ח"א סי' ב' וז"ל ומסתברא דכל היכא דהודה

לו מחבירו תחת ידו בשעת הודאתו זכו' מהניא ליה תפיסתו שחזקת הדבר שהוא תחת ידו משוויא ליה להודאתו הודאה גמורה וכו' וכתב הרב בנ"ת וז"ל דין זה הוא נכון בטעמו משום דטענת השטאה היא כמו שהשטית כי כך אני השטיתי כך וכשהמלוה קדם ותפס תו ליכא למימר דרך השטאה הוכיח כי תפיסתו שקדמה מוכחת שתביעה גמורה ואמתית היא מה שתובע לו עכ"ל נראה ברור דכל היכא דמוכחת דתביעת התובע אינה דרך השטאה גם הודאת הנתבע לא הויא השטאה ודון מינה ואוקי באתרין דכיון דקי"ל דאין אמבש"מ ותביעתו תביעה גמורה גם הודאת הנתבע לו הויא הודאה גמורה האמנם ראיתי להרב משנה למלך בפ"ו מה' טוען דין ו' שהביא דברי מהרש"ך הנז' וכתב עליו דאין זה נכון דפי' משטה שכתב הטור כמו שהשטית היינו שתבעת ממני מה שלא הייתי חייב לך זהו ההשטאה הנע עצמך כיוה נמי שתבע ונשבע הנאמר כזה דהודאת הנתבע הוייא הודאה ובי"ת ה"נ הא ליתא שהרי כתב בעה"ת דאם הודה בלא א"ע ונשבע הוי הודאה גמורה ולפי זה גדולה מזו הול"ל דאפילו נשבע המלוה וזה הודה שהוא חייב עכ"ל נראה להדיא מדבריו שהוא סובר שדעת בעה"ת הפך ממ"ש דאפילו היכא דטענת התובע הוייא תביעה גמורה אפ"ה אין הודאת הנתבע הודאה והדבר קשה שהרי מבואר בבעה"ת להפך וכמ"ש · אך כד מעיינינן שפיר נראה שאין להביא ראיה מדברי בעה"ת כלל לא לנדר זה שכתבתי ולא כמ"ש הרב מ"ל · והנה סברא זו שכתבו הטור והרא"ש דלא שייך לומר משט' אלא כשאדם תובעו והכונה היא כמו שהשטית כי גם אני השטיתי אינה מוסכמת מכל הפוסקים וכפרט דעת בעה"ת שמבואר להדיא בדבריו בכמה מקומות דאפילו בהודה מעלמו שייך לומר משטה וכ"כ בנר"ת דקע"ז ע"ג וכן דעת רבינו האיי גאון והמאור והרמ"ה ומהר"ם ריקאנאטי ורי"ו והנמק"י ס"פ המניח ופשט דברי הרמב"ם רפ"ז מה' טוען וכמ"ש כל זה הגאון בש"ך סי' פ"א ס"ק י"ב ומ"ב וס"ה וכ"כ ול"ר יעו"ש מעתה כיון דס"ל לבעה"ת שאפי' בהודה מעלמו שייך משטה אין מקום לומר דהיכא דתביעת התובע תביעה גמורה גם הודאת הנתבע הויא הודאה גמורה דהא ליתא דאין הדבר תלוי כלל בתביעת שתובע שאפי' במודה מעלמו דלא שייך לומר כמו שהשטית אפ"ה אמרי' משטה וא"כ מה שהוכיח הרב מ"ל מדברי בעה"ת אינה הוכחה כלל שלא נסתפק מהרש"ך אלא לפ' הטור ודעימיה שכתבו דפי' משטה היינו כמו שהשטית אבל לפוסקים דגם במודה מעלמו שייך משטה אין מקום לספיקו כלל ותעתה גם מה שכתבנו מדברי בעה"ת ראיה אינה ראיה כלל דאין טעמו של בעה"ת נכון והוא כיון דידע המודה שחבירו תפוס במתונו אין לו להודות דאין אדם משטה בכה"ג וכן מבואר מדברי הסמ"ע סי' כ"ה ס"ק י"ג ובש"ך ס"ק י"א עש"כ ולא כהרב נר"ת אך אמנם ממקום אחר יש לפשוט ספיקו של הרב מוהרש"ך הפך ממ"ש הרב מש"ל והוא ממ"ש במרדכי משם ראבי"ה על אודות אשה אלמנה שליותה בש"מ לתת ז' זקוקים לקרובים ושתק הבן והשיב כיון שליותה בפניו ושתק הו"ל כאלו הודה וכו' והנ"ל אתם עדי כדמסקי' סוף כ"ב

כ"כ דאין אדם משטה בש"מ ל"ש אם תבעוהו והודה ל"ש אם תבע הוא לאחר והודה שכיון שתבי' הוי כמו תפס עדי וכו' ע"ש ופסקה מור"ם סי' פ"א ס"כ יעו"ש וכן כתב מרן בבדק הבית בסי' ל"ב על דברי המרדכי שהביא הב"י מתורת ו' ועיין בש"ך סי' פ"א ס"ק ס"ז ע"ש ותמהני על ה' מש"ל שנעלם ממנו כל זה גם על מהרש"ך יש לתמוה איך נעלם ממנו דברי המרדכי הנז' וכבר ראיתי להרב בנה"ג בסי' זה הגה"ט אות מ"ב שהשיג על מהרש"ך מדברי המרדכי הנז' אך לא על הדרך שכתבתי יעו"ש בדבריו ·

אך ראיתי להרב בכה"ג בהגהב"י אות כ"ז שהביא דברי מרן בבד"ה וכתב והרש"ך נסתפק בזה ודברי המרדכי בפ"ג דסנהד' בשמנה שליותה בש"מ בפני בנה ושתק הביא דבריו רבי' כ"י סי' ר"ן של"ח נוטים שיכול לומר משטה עכ"ל ואני עני לא ידעתי כונתו בזה דהא מפורש יוצא מדברי המרדכי להפך ושורש דברי מור"ם הם לקוחי' מדברי המרדכי הנז' ואיך כתב שנוטים שיכול לו' משטה ול"ע והעולה על דעתי לומר ליישב דברי הה"ל ומהרש"ך דנדון המרדכי הוא שהאשה האלמנה הזאת היתה מוחזקת בנכסים ולא מיקריא כי אם שבועת אלמנה ובכה"ג דהיא מוחזקת כבר כתבנו משם בעה"ת דההודאה דנתבע כשמוחזק התובע שוית הודאה גמורה ולא שייך למימר משטה וכיוצא בזה ראיתי להרב מ"ל עצמו בפ"ו דזכיה דין ט' שהביא דברי המרדכי הנז' וכתב דהרא"ש כלל מ' סי' כ' כתב דשתיקה לא הוי מחילה הפך מ"ש המרדכי ונראה לחלק דשאני כ"ד דהרא"ש שהשתיקה בגוף הממון אבל הכא הנכסים הם בחזקתה שלא דהכנן רמו שבועה עלה וכיון דשתק אנו אומרים ודאי ידוע שלא נפרעה עכ"ל וא"כ אפשר דהיינו טעמא דחשיב להודעת הנתבע הודאה כיון שהנכסי' בחזקתה אך בזה אפשר קלה ליישב דברי הכה"ג אך באמת דברי המרדכי מוכיחים דפשטא דש"ס היא דאין אדם משטה בש"מ בין בתבע הוא והודה לתביעתו בין בתבעוהו אחרים והודה ובכל גוונא איירי בש"ס בין שהנכסים מוחזק בהם או לא וכן הבין מור"ם ז"ל שכתב סתם על דברי מרן שפסק אין אדם משטה בשעת מיתה וה"ה אחרים שהודו לו וכו' ע"ש וכן נראה דעת מרן בכ"מ דבכל גוונא הודאה לש"מ הויא הודאה גמורה ועל הכל צ"ע וק"ל ·

תו איכא למירק עליה דמהרש"ך בנ"ד אמאי לא נסתפק הרב שאף אם יהיה שהודה ראובן שחייב לשמעון כ"ג אלפים במדודים איכא למימר שלא להשביע את עצמו נתכוין ואף דלא טעין איהו הכי מ"מ רבים מהפוס' ס"ל דטענת שלא להשביע גם הי לא טעין טענינן ליה והמה המרדכי בשם ר"י והרא"ש והטור סי' ע"ר והג"מ פ"ו מטוען עש"ב. והנה דבנ"ד דמהרש"ך היתה הודאה עפ"י תביעת ראובן הש"מ שאמר שאינו חייב לו שמעון כי אם כ"ג אלף לבנים דנראה דזה לא הוי כמודה שמעון מעצמו ורבים מהסוברים שאם הודה ע"י תביעה אינו יכול לטעון שלא להשביע ומכ"ש דלא טענינן ליה מ"מ הן רבים מהפוס' דסברי דאף דהודה על ידי תביעה יכול לטעון שלא להשביע.

וכמו שכתב הש"ך סי' פ"א ס"ק מ"ב והנר' דסבר הרב דבנ"ד ששמעון מודה עד היום שהוא חייב לראובן הכ"ג אלף אלא שהוא חייב לפורעם בשחורות ולא במדודים בזה לא אמרינן שלא להשביע נתכוין ועוד אפשר שיותר משביע הוא את עצמו בהודאתו במדודים כיון שהם שותפין ועלה לחלק חבירו כ"ג אלף במדודים גם הוא יעלה לחשבונו כ"ג אלף במדודים ובאמת שאין הדבר כן דאכתי יש לחוש שחורות וחובות ואפשר שיפסידו ולא יעלה חלק כל אחד מהם כ"ג אלף ואדרבא בהודאתו שחייב כ"ג אלף במדודים יותר משביע הוא את עצמו שהרויחו כ"כ וק"ל ·

עוד נראה לומר והוא האמת לע"ר לענין דינא כי אף לפוסקים דס"ל דטענת שלא להשביע טענינן ליה היינו דוקא בטוען אח"כ איני חייב לו כלום או טענינן ליה שאפשר שהודאתו היתה שלא להשביע וגם הוא עצמו אינו יכול לחזור ולטעון שלא להשביע כיון שכבר טען טענה אחרת ואחרי טענות של שקר קא מהדר וכ"מ לדידן דקי"ל כמרן שפסק דבהודה מעצמו אינו נאמן בטענת משטה ונאמן לומר שלא להשביע אם הודה מעצמו וטוען אח"כ משטה וא"ל שכ"ד שאינו יכול לומר משטה כיון שלא תבעו שום אדם אם חזר אח"ך וטוען שלא להשביע נתכונתי אינו נאמן ועיין בש"ע סי' פ' מרין טוען וחוזר וטוען ע"ש והוא ברור וכן מבואר בדברי הש"ך ס"ק י"ג ע"ש והוא פשוט ועיין בתשו' מהר"ש אלשקר סי' ט"ל יעו"ש ועיין בט"ז ס' י"ד מ"ש על הסמ"ע עש"ב ·

מעתה בנ"ד דמהרש"ך שטען שמעון כמבואר בשאלה הי לא חש הרב להזכיר טענת השבעה כיון שהוא טען טענה סותרת ואפי' יחזור ויטעון שלא להשביע לא מהימן וק"ל גם בלא"ה יש לומר כיון דנ"ד דמהרש"ך היתה ההודאה לפני התובע ורבים מהפוס' דס"ל דבהודה לפני התובע אינו יכול לטעון שוב שלא להשביע וכן סתם מרן בסי' פ"א סי"ר וע"ש בש"ך ס"ק ל"ד שהרבה להוכיח סברא זו ע"ש מש"ה לא חש הרב לזה · גם בנ"ד דמהרש"ך היתה ההודאה לפני הש"מ וכתב מרן סב"ז דאם הודה לפני הש"מ שחייב לו מנה אינו יכול לטעון שלא להשביע ע"ש וכתב הסמ"ע שם ס"ק כ"ד דהטעם הוא דאם שלא להשביע כיון למה לא הודה לאחד מהבריאים דמסתמא לא יתבעוהו זה שמודה לו שהוא יודע האמת שאינו חייב לו מש"כ זה שבשימות לא ידעו היורשים דשלא להשביע כיון ויתבעוהו ויצטרך לישבע וגם יגולה הדבר ויחשבוהו לעשיר עכ"ל וא"כ בנ"ד דמהרש"ך שהיה לפני הש"מ לא חש לזה הרב ז"ל וק"ל אך הואיל ואתא לידן יש לי לדקדק בדברי הסמ"ע שאיך כתב ויתבעוהו ויצטרך לישבע שהרי כתב הטור סי' זה סי"ג ובש"ע סי"ד דאם אמר תן לי מנה שאמרת בפני פ' ופ' שאתה חייב לי הפי' שבועה אינו צריך ע"כ ועיין בכנה"ג הגה"ט אות מ' ע"ש א"כ הכא נמי אם יטענו היורשים שאתה חייב לאבינו מנה מחמת שהודית לפני פלוני ופלוני אף שבועה אינו צריך ואולי שסובר דקיימינן שמא יאמר אח"ך הש"מ לבניו דפ' חייב לי מנה ויבאו היורשים ויטענו עליו שאמר לנו אבא שאתה

חייב לו מנה ואז צריך לישבע אך גם זה אינו מוסכם דרבים מהפוסקים דסברי דאם אמרו אמר לנו אבא שחייב אתה לו מנה אפי' שבועה א"צ עיין בש"ע סי' ע"ה סכ"א וכ"כ וכש"ך שם ס"ק פ"כ ע"ש ואולי דכונת הסמ"ע שמא יבאו היורשים ויטענו שהודה לפ"ע וכא"ע ואין העדים כאן דודאי צריך הוא לישבע וכמ"ש בש"ע סי' ע"ה סי"ז ע"ש וכל זה משום שסברו שאומר אמת מש"כ כבריא דלא חיישינן להכי כיון שהוא יודע האמת וק"ל ואיך שיהיה מוכח מדברי הסמ"ע דאם הודה לפני מי שאינו יודע האמת לא אמרינן כזה שלא להשביע א"כ ה"ה והוא הטעם אם אומר ליורשים שהוא חייב לאביהם מנה בודאי דלא אמרינן שלא להשביע כיון כן נראה ברור מדברי סמ"ע ואם זה הוא טעמו של מרן בדין זה גם במודה ליורשים סבר מרן כן וכיוצא בזה ראיתי בתשובה למהרי"ט ז"ל ח"א סי' מ"ד בנ"ד וז"ל וכו' מן דין הבא בנדון שלפנינו אין לחוש לטענת שלא להשביע כיון דעיקר הפקדון ידוע לנו שבא לידו וכו' וכשאדם רוצה לחפות שלא להשביע חולה כאדם שאין לו עמו פקדון כי יסמוך שהאיש ההוא לא יתבע ממנו טענות שקר וכו' וראיה מדאמרינן ס"פ נ"פ וכו' כ"ש כאן שחושש שבעל הפקדון עצמו יהיה סבור שלא נגנב וכו' ע"ש נראה מדבריו דהיכא דמודה לאחר שאינו יודע האמת לא אמרינן בכי הא טענת השבעה ומינה יש לדון במודה ליורשים אך כל היד המרבה לבדוק נראה שאין מדברי מהרי"ט ראיה דהא הוא ז"ל בסי' ע"כ כתב בר"ל ע"א וז"ל ומה שאמרתם שאין כאן טענת שלא להשביע לפי שהיה ראובן נושא ומי שכיבו בתגר זה להודות בדבר שאינו חייב שהיום או למחר יתבעוהו היורשים אין זו טענה שסומך בעצמו שלא יתחייב על פי הדברים האלה ואם יצטרך שבועה ישבע להם וגדולה מזו אמרו עש"כ ומוכרחים אנחנו לומר שמ"ש בסי' מ"ד היינו משום שידוע לנו בודאי שבאו מעות הללו בידו ובכה"ג ודאי לא אמרינן דהודה שלא להשביע את עצמו ומ"מ קשיא לי על מהרי"ט בסי' ע"כ איך כתב בפשוט דאף במודה לב"מ יש לטעון השבעה ומכ"ש בעדות העד האחר שהעיד שהודה לפני הב"מ עצמו ואתי עלה הרב ז"ל דעדותו עדות משום דהויא דרך הודאה ולא דרך שיחה יע"ש דלענ"ד אין זה חדא דהודאה שהוזכרה בשאלה שלפני הרב לא אמרה בלשון הודאה ממש אלא שאמר סתם כל עסק שיש לי עם ראובן הוא שיש לו על ידי מאה גרוש וכו' ואי מהא לאו הודאה היא דהא כתב הנמק"י אמ"ש הרי"ף בס"פ נ"פ שאם אמר בלשון הודאה דבריו קיימים כתב עלה הנמק"י כגון מודה אני שמנה לפלוני בידי וכו' ע"ש ויותר מזה כתב בת' מהר"ש אלשיך סי' ו' שאם אמר הדעו שיש לפלוני מנה בידי לאו הודאה היא ע"ש ועיין בש"ך ס"ק י"ט ע"ש עוד איכא למדחי האי עדות אעפ"י שהיתה דרך הודאה מטענת השבעה שהרי כתב הרמב"ם בפי' בפ"ז מטוען דבריא שהודה דרך הודאה יכול לטעון שלא להשביע כמכוונתי אך אי הוה אתי עלה מטעם שהיתה לפני ב"מ לכ"ע ליכא למימר השבעה חדא שהיא לפני התובע וכתב הרמב"ם דבכה"ג ליתא השבעה ואף לסברת החולקים שהביא הש"ע סעיף י"ד אפשר דאם היה התובע ש"מ והודה לפניו כ"ע יודו וראיה דבסעיף י"ד הביא מחלוקת הרמב"ם עם הרא"ש אף שסתמא כהרמב"ם מ"מ בסעיף כ"ז עשאה בסתם משנה מבלי שום חולק ואף שיש לדחות זה מ"מ כל כמה דמצינא לקרב הדיעות ולא לאפושי פלוגתא עבדינן וא"כ תימה על מהרי"ט דלא אתי עלה מהאי טעמא וטעמא דהודאה איכא למילתי כדכתיבנא ואף שאמר שסמך בזה על המעיין בשאלה שהיתה שהודאה לפני הב"מ הא ליתא דאי עיקר טעמו משום שהיתה לפני התובע למה ליה למימר שהיתה דרך הודאה אפי' דרך שיחה נמי אם היתה לפני התובע אינו יכול לטעון שוב שלא להשביע ועיין בש"ך ס"ק ל"ד ועוד דהעיקר חסר מן הספר ודברי מהרי"ט צ"ע ועוד בעמוד ע"ד בע"ה לקמן ·

ואיך שיהיה למדנו מדברי הסמ"ע ז"ל דבטוען לפני מי שאינו יודע האמת הודאתו הודאה ולא אמרינן אדם עשוי שלא להשביע וכן ראיתי להרב פני משה בח"א סי' ח' שכתב דבמודה ליורשים שחייב למורישם מנה הודאה גמורה הויא וחייב ע"ש גם בח"ב סי' כ"ו בנ"ד דהודה לשותפו כתב וז"ל ומה גם דבנ"ד דהודאת שמעון זה אף דבעלמא אם היה מודה לאיש אחר היה מקום לדון עליה הכא בנ"ד שהיה שותפו וכו' דלא עביד איניש לאודויי שלא להשביע אלא לאיש שלא היה לו עסקים עמו וכו' · אבל לאיש שהיה לו עסקים מקודם אי לאו דקושטא הוא לא היה מודה לו שהרי יסבור שהודאתו אמת עכ"ל גם ראיתי בתשובה למהר"ש הלוי והנה בזה בתשובת הרב בני אהרן סי' ז' דף ע"א ע"ד כתב כחילוק הרב פ"מ אך בסוף דבריו דחה זה וז"ל אבל מדברי הרא"ש כלל ס"ה סי' ג' ז"ל ראובן שיצא עליו שטר בב"ד שזה נוסחו ביאור מה שהודה וכו' מממון עזבון יעקב דמי פ' סך כו"ך וכו' עד ואינו טוען משטה אני שעשיתי שלא להשביע את עצמי וכו' מבואר בדברי הרא"ש דאפי' בכה"ג אדם עשוי שלא להשביע עכ"לו' מהר"א קופינו בתשו' הבאה שם דע"ו ריש ע"ד כתב לו על זה והדין עמך ע"ש ואני כעניי איני רואה שום ראיה מדברי הרא"ש חדא דבנדאה שראובן זה המוזכר בשאלה דהרא"ש לא לקח מיעקב בעודינו חי ועכשיו הוא מודה ליורשיו אלא שנראה שלקח מעזבונו מממון שנשאר ליתומים והנה הנם יודעים האמת אם לקח אם לאו ועוד כי כונת הרא"ש ברורה לומר שכיון שזה מודה בהודאתו ואינו טוען על ההודאה שום טענה עד שיעמדו עליה בדינא ודיינא אם טענתו עפ"י הדין או לא כי אם שמערער על כתי' השטר דן הרא"ש שאין זה שטר כי אם זכרון דברים ואא"כ שאם היה הדבר שלקח ממורישם והודה ושוב טוען שלא להשביע על הודאתו היה מחייבו הרא"ש ז"ל בהודאתו זאת כיון שהודה ליורשים שאינם יודעים האמת ואין ראיה מדברי הרא"ש שגם בכה"ג היה הדין עמו ודברים ברורים הם לענ"ד ומ"מ יש לדקדק דאיך לא הביאו בעלי סברא זאת דברי הסמ"ע הנז' שהם ראיה לדבריהם והנראה לי דס"ל דלא כ' כן הסמ"ע אלא במודה לפני הב"מ כיון דבלא"ה במודה לפני התובע ס"ל להרמב"ם דליכא טענת השבעה ואף לסברת החולקים בכה"ג יודו דאיכא

עוד

עוד טעמא רבא כמ"ש סמ"ע שמא היורשים יכולו ויתבעוהו שהם לא ידעו האמת אבל כמודה ליור' עצמם שהוא חייב למורישם והוא מודה שלא בפניהם גם הסמ"ע הז"ל ומודה דיכול לטעון השבעה והו דלא כהרב פ"מ ומהרש"ל ומש"ה לא הביאו דברי סמ"ע ומוכרח הדבר לומר כן דאי כמודה ליורשי' אפי' שלא בפני התובע שני לישתעינן מרן דכוותא טפי דכמודה לש"מ אף שלא בפניו הוויא הודאה אלא ודאי דוקא בהצטרפות השני דברים דהוויא לפני הש"מ והיורשים אינם יודעים האמת הוייא הודאה ודוק כי יבוא האמת לע"ד ועיין בתשו' למהרי"ק ן' אדריט הובאה בתשו' הרב בתי כהונה ח"ב סי' ר"ב שקילס לחילוק הנז' והרב המחבר בסי' כ"ד השיגו ע"ש

ו שם סי' ל"כ ס' י"ט כתב בעל המאור שאם הודה בעד אחד אין הודאתו כלום אפי' שאמר לו אתה עד וכו' הנה דין זה מבואר בבעה"ת שער מ"ב ח"ה סי' י"א שהביא כן משם בעל המאור והראב"ד ורבי' אפרים וכ"פ הש"ת בפ"ו מטוען משם קצת גאונים והאיתי לפי' כנה"ג בהגה"ט הות כ"ח שכתב וז"ל ה"ס יש להסתפק בפי' הרב המאור אם הודה בפני ע"א ואמר אתה עד ושוב הודה בפני ע"א ואמר אתה עד אי מצטרפי אי דילמא כיון שלא הודה בפניהם כאחד לא מצטרפי יעו"ש שהאריך ויוגה מזה יש לתמוה מאד על הרב כנה"ג ועל הבו ז"ל איך לא ראו הדברים בפירוש בס' המאור שמבואר להדיא דבשני עדים אפילו כזה אחד זה מצטרפי וז"ל הרב המאור והע"ג דאמרינן לקמן הודאה בתר הודאה מצטרפי ואמר ליה לכל חד וחד בהבאת מנה דאודאי ליה קמך אודאי ליה קמי פלניא אלמא הודאה קמי דחד ש"ה הודאה היא שאני התם דבסוף קיי סהדי ניהו ומצטרפי וגוה ליה הודאה בפני שנים אבל בעד א' כי ליכא אמירה בהדיא אין הודאתו הודאה ע"כ הרי מפו' יולא דהיכא הרי סהדי מצטרפי ומה מקו' לספיקו של הכה"נ וגם על מהרי"ט שהות כמפרש בדבריהם והות מפורש יולא בדברי המאור להדיא גם יש לתמוה על מ"ש מהרי"ט ז"ל בח"מ סי' ע"כ ה"ן רוש ע"נ שכתב וז"ל אלא שהראב"ד והרב בעל המאור חולקים בדבר דס"ל דהודאה בפני עד א' לאו כלום הוא וכו' ולדבריהם ודאי לא מצטרפי והודאה בתר הודאה דמצטרפי צריך שיעיד כאחד שהודה בפני שנים עכ"ל והרב כנה"ג הביא דבריו בהות הנז' וכתב עליו ברוחק ע"כ והימה הוא שהרי מפורש יולא בהרא"ש פ' חזקת הבתים ולהרמב"ן שם בתי' דהראב"ד מוקי לה הכי וכ"כ בתי' רבי' יונה לסנהדרין ובפלוגתא למהרי"ט הפי' ליישב דמאי דקאמר הודאה בתר הודאה דמצטרפי וכו' לאו מדנפשיה קאמר לה אלא כמעתיק דבריהם ז"ל וקאמר דלדבריהם ודאי לא מצטרפי כנ"ד והודאה בתר הודאה דמצטרפי אוקמו רכוותא קא מוקמו לה הכי דצריך שיעיד כ"א שהודה בפני שנים וקילר הרב בדבריו הכל על הרב כנה"ג שהבין דדבריהם הלו הם מתורת רבו ז"ל יש לתמוה שהרי כתו רב' בפי' בהרא"ש פ' חזקה וכהרמב"ן בחי' שם ובמלחמות בהשגותיו על המאור יעו"ש ול"ע ות"מ יש לי לדקדק בדברי הרב המאור שהכרית סברא זו שם

ז"ל והיינו דאמרי' התם בפ' חזקת הבתים הודאה בפני שנים קיום שטרות בפני שלשה כשם שקיום שטרות בפחות מג' אינו כלום כך הודאה בפחות משנים אינה כלום עכ"ל והנה לפי מה שהסכים הרב המאור בסוף דבריו דאי היכא תרי סהדי מצטרפי אכתי אין דמיונם עולה יפה בהודאה לקיום שטרות דהא בקיום שטרות קי"ל ופסקו מרן בש"ע סי' מ"ו סב"ה דבעינן שלשתם יחד ובזה אחר זה פסול א"כ הכא נמי נימא הכי דאפי' כי הוו תרי בזה אחר זה אינה הודאה דאין הקש למחצה ובודאי דצריכים אנו לומר דדעת המאור ז"ל היא כהרא"ש וטור ז"ל דסברי דלא כהרמב"ן דבקיום שטרות אפילו לא העידו אלא בפני כל אחד לבדו כשר עיין בטור סב"א ע"ש אלא שראיתי למרן סב"י שם שכתב ויש לדקדק לסברת הרא"ש איך יכתבו כמותב תלתא כחדא וכו' וכ"ל שא"צ להעיד בפני כל שלשתם מ"מ צריך להמלא שלשתן יחד להודיע זה לזה שבלשתם יודעים שהיא חתימת ידי אלו עכ"ל ועפי"ז אכתי יש לדקדק בס' המאור דגם בהודאה נבעי הכי וי"ל דמ"ש המאור ודאמר ליה לכל חד וחד בסהות מנה דאודאי ליה קמי פלניא גם במסקנא דינא הכי דהס"ז דומה לדין קיום שטרות כיון שידעו שניהם ששניהם יודעים בזה אף שא"צ שיועדו יחד כיון שידעו זה בזה די בהכי וכן נראה שהבין הרמב"ן במלחמות דברי המאור וכתב עליו ואף אם היא היקשא אדחייא לה דהיינו הודאה אחר הלואה ע"ש באריך וכונתו בזה דכיון דע"כ דמדמה לה לקיום שטרות גם במסקנא דבשכים דאי הוו תרי הוו הודאה ומצטרפי צ"ל הכי דאמר ליה לכל קה וכו' עד שידעו שניהם כעין קיום שטרות ובאמת דהאי סברא אדחייא לה דא"כ היינו הודאה בתר הלואה זה נ"ל בכונת הרמב"ן וראיתי להרב ש"ך סי' פ"א ס"ק כ"כ שכתב על דברי המאור וז"ל ולפי תירוץ זה לא צריכים לומר דא"ל לכל חד וחד וכו' וחוץ מבח"ר של הרמב"ן שנראה שלא ירד לסוף דעת בעל המאור בזה עכ"ל ואני אומר האמת כע"ר המוכרחים אנו לומר כן בס' המאור ויפה השיגו הרמב"ן כנ"ל עיין בתשו' מהריט"ז סי' ר"ס ע"ש

ז אין שיהיו מ"ש ברי"ו במישרים נ"ג מתו' ו' וז"ל והראב"ד כתב כבעל המאור ולפי"ד כא דאמרינן הודאה אחר הודאה מצטרפי מיירי כגון שאחד אומר בפני היה והשני אומר בפני הודה ע"כ ומלבד כי דבריו תמוהים אם הדברים ככתבן דא"כ היינו הודאה בתר הלואה וכמו שתמה עליו בכה"נ הות הנז' עוד זאת יש להמוה איך ערביהו ותגינהו להמאור והראב"ד והמה רחוקים זה מזה דלהמאור כל שהם שנים מצטרפים ולא בעי שיאמר כל אחד בפני ובפני אחר הודה ולהראב"ד לא מצטרפי עד שיאמר כל אחד בפני ובפני אחר הודה והלך למ"ש וכ"ל דסבר רי"ו כס' מהרי"ט בח"מ סי' י"ח ע"ש דס"ל כדעת הראב"ד דאי כל חד אמנה קא מסהיד בעינא שיאמר בפני ובפני אחר הודה אבל אי אמנה חד קא' מסהיד מודה לס' המאור דאי איכא תרי מצטרפי יע"ש וט"ס נפל בדברי רי"ו וכ"ל כמ"ש בכה"נ כגון שאחד אומר בפני הודה והשני אומר בפני הודה ור"ל דאי בתר סהדא דוקא לא מהני ולא מידי והיינו קם אפילו לשבועה והודאה בתר הודאה

הודאה דמצטרפי היינו כשיש שם שנים אחד אומר בפני הודה והשני ג"כ אומר בפני הודה דהו מצטרפי אבל אם אחר לבדו הוא שמעיד לא מהני מידי כלל משא"כ לס' החולקים דס"ל דבל אחר לבדו קם לשבו' ושניהם מצטרפי לעדות ממון והרב בכס"ג כתב שאם נאמר דט"ס נפל וצ"ל בפני הודה וכו' הא לכ"ע הכי הוי ומאי ולפי דבריהם צ"ל וכו' וצ"ע עכ"ל ואפשר ליישב דכונתו כמ"ש · ואם נאמר דט"ס נפל וצ"ל כדבריו כגון שאחר אומר בפני ובפני אחר הודה והשני ג"כ אומר בפני ובפני אחר הודה ע"כ הא ניחא לס' הראב"ד שכ"כ אבל להמאור ליתא כלל וע"כ נראה כמ"ש וק"ל ולפי מ"ש גם הרשד"ם בח"מ סי' ל"ז שכתב דהיכא דאיכא תרי שהדי מצטרפי והביא ראיה מרי"ו ע"ש נלול מריב לשונות הרב כס"ג שהקשה עליו דמה לו לחזור אחר רי"ו לסייע סברתו וביא ראיה מדברי הגמ' ע"ש באורך ולפי מ"ש לק"מ דמן הגמרא איכא לאוקימה שב"א אומר בפני ובפני אחר הודה וכמ"ש הרא"ש בשם הראב"ד אך מדברי רי"ו נראה שגם להראב"ד אי הוו תרי מצטרפי ולא בעי כ"א לומר בפני ובפני אחר הודה ומ"ש הראב"ד כך היינו היכא שבל אחד מסהיד אמנה כדתרין מהרנ"ט בתשו' הנז' ובמ"ש ובזה ניחא לי מה שהאיתי להרב"ה בחדשות ח"ג סי' תד"ה שכתב בסוף תשובתו וז"ל ולענין שיבה זה שלא בפני זה אינו מעלה ומוריד לענין ממון דעדותן מצטרפת עכ"ל ולכאורה קשה איך סתם הדברים כסתם משנה והיא מחלוקת בין הגאונים ולא זכר סברת המאור והראב"ד ולפי מ"ש ניחא דסבר הרב דלכלהו הי היכא תרי סהדי מצטרפי וככ"ר דכלהו אמנה חד קא מסהדי וק"ל · והנה מרן ז"ל בש"ע סי' פ"א ס"ו פסק כדברי הרמב"ם דהודאה בעד אחד הויא הודאה לישבע על פיו דלא כהמאור וסיעתו אך ראיתי לו ז"ל בתשו' אבקת רוכל סי' קס"ב שכתב וז"ל והעד השני העיד שתבע ר' יוסף נ'יברא את רבי יצחק כחוס והשיב לו שנשארו בידו קצת מעות מהיתומות ודבר פשוט הוא שאין בעדות זה לחייב את רי"ן הנז' דהא הוי כעין אמר משטה אני כך עכ"ל ואני עני לא ידעתי לסוף דעת הרב בזה דהא כתב בעש"ת שת"כ ח"ג ופסקו מרן עצמו סי' פ"א סכ"ד ראובן שאמר לשמעון מנה ללוי בידך וא"ל שמעון הן אעפ"י שלא אמר א"ע אינו יכול לומר ללוי משטה אני כך שהדי לוי לא היה תובעו ע"כ ע"ש וא"כ ה"נ שתבע ר"י נ'יברא את רי"ן בעד היתומות אזלא לה טענת משטה והי משום שהוא עד אחד וכתב המאור דיכול לומר משטה הא ליתא כיון דהוא ז"ל פסק כהרמב"ם ומה שנסתפק הרב בעל גדולי תרומה דק"פ ע"א בדעת הרמב"ם ג"כ אי בעד אחד שעין משטה אי מהימן או לא לע"ד אין מקום לספק זה כלל דהא אי יכול לטעון משטה גם לב"ד"ת יכול לטעון דמילי דכרי לא הכירי הונסו וככר השיגו הרב ש"ך ס"ק כ"נ ע"ש וא"כ דברי מרן צ"ע · וכדרך הנה אעיר ג"כ ע"ד הגד"ת דף קפ"כ ע"כ מ"ש ע"ד הבעה"ת הנז' שכתב דאם הודה מעצמו לפני שמעון שחייב ללוי מנה הינו יכול לטעון משטה ע"כ וכהב בג"ת קומה תיכת דלא מלי טעין משטה משום דליכא תובע אבל טענת שלא להשביע למה לא יטעון מי עריפא

הודאתו זאת משאלו הודה כן בפני שני עדים עכ"ל והיכנה קושיא כלל חדא דמי הגיד לו דאם טען שלא להשביע לא לייתינן ליה דודאי אי טעין הכי פטור ואף דקי"ל דאי לא טעין טענינן ליה במודה מעצמו וכמ"ש בעה"ת שמ"כ ח"א ס"ה מ"מ היכא דטעין משטה ונתחייב או לא מלי טעין שלא להשביע וכמ"ש לעיל וכ"כ בש"ך וכ"כ בט"ז סעי' י"ד וא"כ אי טעין משטה תחילה חייב ·

ז **שאלה** ראובן סוחר ויש עליו שט"ח ליהודים ולגוים והנה מימים הקול נשמע

כי בא עד משב"ר ומטה ידו והנה הוא נחבא ולא הרבר לו הימים והנה שמעון בא שליח מראובן הנז' אצל לוי שהוא אחד מבעלי חובותיו ויאמר לו הנה ידעתי כי ראובן הנז' אין בל מאומה בידו והנה הוא רוצה לצאת לשוק למכור טרף לביתו ואולי יחנן ה' לבאות עליו ופרוע יפרע את מה שעליו ע"ס פרוטה אחרונה כי אין רצונו חלילה לגזול לשום נברא שבעולם והנה כי כן אתה עתה שמע בקולי וקח לך קצת מטלטלין מראובן בכדי שיעור חלק חובך והיה הנשאר תרויח לו זמן עד משך שנה תמימה כי אין מעצור להושיע ואם לא תקבל לעשות כן שמענה ואתה דע לך כי ראובן פשט לו את הרגל ולא תמצא ידך לקחת מחובך כלום ויהי כאשר שמע לוי את דבריו נכנסו דבריו באזניו כי מה יכול לעשות עם ראובן הלא ככר נשמע שנשבר ומטה ידו די השיב לו אני חשב בלבו כדת מה לעשות בענין הנז' והלך בהלכע לב"ת ומסר מודעא לפני שני ת"ח ואמר להם דעו לכם כי כל מה שאני עושה עם ראובן הוא מחמת אונס דאי לאו הכי לא יתן לי מאומה מחובי ומה בידי לעשות לכן אני מתפשר עמו כעת ליקח קצת מה מחובי ואח"ך אם תמצא ידי לתפוס משלו או שהרויח נושא ונותן אשיב ידי עליו לגבות הימנו כל חובי ונשבע שלא יבטל המודעא הנז'. כי אם עד שיקרע לשטר המודעא קרע כ"ד ואף אם יבטל המודעות וכו' ויפסול עדיהן וכו' או יודה שלא מסר מודעא הכל מחמת האונס וההכרח כדי לגבות חובו ות"ר המודעא אך העדים מחמת שלא ידעו הדבר כתבו לו שטר מודעא בסתם ולא כתבו בה שהכירו באונסו ושוב אחר יום או יומים נתפשר עם שמעון שליח ראובן הנז' וגבה קצת מחובו במטלטלין ועל הנשאר הרויח לו זמן לשנה ונשבע ע"ז ש"ח והעיד עליו עדים שנתרצה בפשר הנז' בביטול מודעי וכו' ובעת בא לוי לשאול אם תמצא ידו לתפוס משל ראובן אם יכול לתפוס עפ"י שטר מודעתו שטר החוב שעשה לראובן בטל הוא מכח המודעא או נימא דאדרבא המודעא בטולה והפשר קיים ושכמ"ס ·

תשובה חלילה וס לראות כהם אפי' לדברי לוי דבוי אנוס אם אונס זה הוי אונס לבטל הפשרה דנראה לכאורה דלא הוי אונס והוא דאם נניח כמונח שאלו הב"ח נתרצו ויאותו ונתפשרו עם ראובן הנז' בשאלה שירויחו לו זמן א"כ לאו כל כתיניה דלוי שלא לקבל לגבות בשאר הב"ח וכמ"ש מהרש"ך ז"ל בתשו' ח"ב סי' קי"ג דמרין מגשג השותפי' חייבים מיעוט הב"ח לקבל כדרך שמקבלים הרוב וע"ש וכן נראה מדבריו בתשובה בח"ג סי' ח' וע"ש וא"כ כיון שלוי חייב לעמוד בפשרה הנז' א"כ אין

זה אונס דהשתא מיהא כייפינן ליה לקבל הפשרה כדרך שעשו שאר הב"ח ורמייא למ"ש הרא"ש ז"ל בתשובה סוף כלל נ"ח באשה שמחלה כתובתה לבעלה מחילה גמורה ושוב טענה שבאונס היתה שהיה מגזם עליה לישא אשה אחרת עליה וכתב דאין זה אונס כי כדין היה עושה לקיים פו"ר יע"ש הרי הוכח שהאנס אונסו כדין אין זה אונס וכ"כ מהריט"ץ סי' קמ"ה והביא ראיה מדברי הרא"ש הנז' יע"ש והנה אמת שראיתי להרב חק"ל בח"מ סי' ס"ס שנשאל במי שהיה חייב לגוים וליהודי' ונשבר ונתפשר עם רוב הב"ח גוים לשליש ולרביע אם חייבים מיעוט היהודים להכנס בפשר כמו שעשו הגויים וכתב שיש מי שהורה שחייבים וקיליה מתשובת מהרש"ך הנז' ומתשובת פליטת בית יהודה סי' כ"א וכ"כ והוא ז"ל נחלק עליהם יע"ש אכן עכ"ז נראה שבכה"ג הפשר שיודה שהרב תחילה כתב שאם לא דיברו כי אם בפשר הרווחת זמן אבל שימחול מהחוב לא ע"כ הנה נראה דבפשר הרווחת זמן אזיל ומודה ומ"ש ומה גם דמנהג זה ליתיה במקומותינו וכו' אחרי נשיקת עפרות רגליו לא כיון יפה בכונת מהרש"ך כי כונתו היא כי מנהג הסוחרים שבכל אופן שירצו רוב הסוחרי' המיעוט הולך אחריהם לקבל אופן וסדר הפשרה וא"כ כיון שנתרצו רוב הב"ח לוותר ולמחול או להרחיב זמן אין המיעוט יכול לעכב ומעתה כיון אם יהיה מנהג הקונגרמין כמ"ש הרב ז"ל מ"מ אנו אין לנו אלא מה שנהגנו לילך אחר הרוב והמדקדק בדברי מהרש"ך יראה שכונתו כן היא כמ"ש ומ"ש הרב דיתכן זה כשהחוב הוא הכל ליהודים אבל כשחוב ג"כ לגוים הרי קי"ל בדין דיפרע לישראל תחילה ואיך יתכן שיעמוד הישראל בפשרת הגוים ע"ש הנה אמת דלנדון דידיה שרוב הב"ח הם גוים והם נתרצו בפשר הנז' אפשר דאין הישראל מחוייב לעמוד בפשרתם אבל בכה"ג דרוב הממון והב"ח הם ישראל הגם שיש קצת בעלי חובות גוים אם רוב הישראלים קבלו עליהם לפשר עם ראובן בזה האופן חייבים המיעוט לקבל וא"כ אין זה אונס שאנסו ללוי אלא אדרבא דינא קא קבע האמנם נראה דבכל כי הא מגן שויא דהא פשיטא דלא כתבו כן הרבנים הנז' אלא היכא שעמדו כל הב"ח ונתפשרו עם הלוה באופן אחד דאז אם הרוב הסכימו לדעת אחד יכולים לכוף את המיעוט הב"ח לקבל פשרתם ומדין מנהג הסוחרים אבל בכה"ג דמעיקרא לא עמדו יחד אלא כל אחד נתפשר כפי מה שלבו חפץ למחלה לשליש ולרביע כפי כחו בכה"ג אין מקום לומר שחייב לוי גם הוא להתפשר ומעתה כיון שתפס כל חובו ולא רצה לתת לו מאומה בלתי אם יתפשר עמו וירויח לו זמן מה הא ודאי דהוי אונס גמור לפי דבריו אכן יען כי שעדים לא הכירו באונסו כי אם עפ"י דבורו יש להסתפק אי פשרה זו הויא כמכר ובעינן שיכירו באונסו או נימא דהויא כמחילה ומתנה ולא בעיא הכרת אונס והא ודאי אי לא הוי בכה"ג מתן מעות שנתן ראובן ללוי פשיטא דהויא מחילה ולא בעיא הכרת אונס האמנם יען כי נתן ראובן ללוי מקצת דמי חובו מי נימא דאגב אונסא וזוזי גמר ומחיל ומש"ה בעינן שיכתוב מודעא ויכירו העדים באונסו או לא והנה מתשו' הרשב"א ז"ל הביאה מהריק"ו שורש קפ"ה וז"ל מי שנשבע לפרוע לחברו מעות לזמן וכשהגיע הזמן הכריח האדון למלוה להאריך הזמן ללוה והמלוה מסר מודעא שהוא מאריך באונס מי נפטר בכך או לא תשובה כל שבאונס לאו כלום הוא דמ"מ מחליהו ויהיב דאף זה אין מקבל מידו בהארכת זמן ולא עוד אלא אפי' נתנו לו קצת מעות דבמכר דכוותיה אמרינן אגב אונסא דזוזי גמר ומקני אם מסר מודעא המודעא מבטלת המכר עכ"ל וכתב עלה מוהריק"ו ז"ל משמע דבקבלת מעות וכו' חשיב כקליוהו הכין והוה נפטר אי לאו המודעה וכו' עכ"ל ונראה מתשו' הרשב"א דכל דהיכא מתן מעות בכה"ג דמי למכר וא"כ כיון דבמכר באונס לא סגי כי אם בהכרת האונס גם הכא לא סגי עד שיכירו באונסו משא"כ בכה"ג ולפי זה המודעה בטילה והפשר קיים ותשובה זו שהביא מוהריק"ו ז"ל הלא היא כתובה על ספר הישר בתשו' המיוחסות סי' רמ"ו יע"ש וכן נראה מתשובת שבס' תולדות אדם סי' ע"א שכתב וז"ל כל שאנסוהו שיתן ושימחול אין מתנתו מתנה ואין מחילתו מחילה דתליוהו וזבין אמרו דזביניה זביני משום דאגב זוזי גמר ומקנ' אבל בלא זוזי לא וכו' יע"ש משמע דאם היה במחילה בזוזי גמר ומחיל וכן נראה מסי' פ"ג בראובן שאנס את שמעון עד שקיבל על עצמו לעשות כל מה שיגזרו עליו שני פשרנים וכו' תשובה כל השעבודין שנשתעבד מחמת האונס אינן קיימין כל שיש עדים שהכירו באונסו ולא קיבל ממון מחמת כן משום דתלוהו וזבין אמרו דהוי זביני דאגב אונסא וזוזי גמר ומקני הא בלא זוזי לא ולא עדיפי שעבודין ממכר גמורה וכו' יע"ש משמע דאי הוי השעבוד בזוזי הוו כדין מכר ממש דבעינן הכרת אונס עם המודעא וכ"כ בתשו' שבח"א סי' אלף וס"א וז"ל וכל דליכא זוזי מחילה ומתנה באונס אינה כלום עכ"ל הא כדאיכא זוזי הוי כמכר אפי' דהיכא אונס אכן לעומת כל זה הנה מתשובת הרשב"א שבח"ב סי' רע"ח הובאה בב"י ח"מ סי' י"ב נראה שסותרת לארבעה תשובו' שנז' שכתבתי שהרי כתב שם בפי' דמי שאנסוהו ליתן אעפ"י שקיבל קצת מעות לא אמרו בכי הא אגב אונסא וזוזי גמר ומקני שלא אמרו אלא בזוזי של דמי המכירה אבל כאן קצת הנזק הוא שמשיב לו וכו' שהרי גזלו מאתים ונתן לו מנה כדי שימחול לו המנה האחר לא עשה ולא כלום עכ"ל וכבר ראיתי להרב כנה"ג ז"ל סי' ר"ס הגהב"י אות פ"ד שהביא משם הרב משפטי שמואל ז"ל סי' פ"ו שעמד בזה מהביא דת"א סי' אלף וס"א לתשובה דח"ב סי' רע"ח ויישב :

ח בדין תפיסה שתפס הב"ח המאוחר לכתובת האלמנה שכתוב בה שיעבוד מטלטלי אגב מקרקעי דקי"ל דהמטלטלין דינם כקרקע אי מהני תפיסתו שתפס וליכא עדים וראה ואם נכנס לבית המת ותפס אם מוציאין מידו שהרי הוא עובר בלאו דלא תבא אל ביתו לעבוט עבוטו גם במטל' שלא תפס והנם בביתו או בבית אחרים אם יש בהם שום זכות למלוה ע"פ מאוחרת או לאו · הנלע"ד עיקר לדינא דאין מוציאין מיד הב"ח המאוחר שתפס ודין זה הוא מבואר בש"ע ח"מ סי' ק"ד ס"ה וז"ל שעבד לו מטלטלי א"מ דינם כמקרקעי ואם קדם המאוחר וגבה מוציאין מידו והוא שנתברר בעדים שמטלטלים אלו היה בידו קודם שלוה משניהם אבל

אם

הם לא נתברר כן כעדים מחזקינן להו כלוה ולוה ואח"כ קנה דקי"ל דיחלוקו ואם קרם השני וגבה זכה עכ"ל וסתמות דין זה נראה דאפי' ככלי ביתו וכלי תשמישו כל שלא הוחזק בידו כעדים שהיו בידו קודם שנשא מחזקינן להו כלוה ולוה ואח"כ קנה האמנם הרואה יראה למהרי"ט ז"ל בח"א סי' קכ"ח שמקשה מדין זה לסי' קי"ב שפסק שם דבמטלטלין אמרינן כאן נמצאו וכאן היו מחזקינן להו שהיו בידו קודם שלוה משניהם והאריך בזה וסוף דבריו תירץ דיש לחלק בין מטלטלין שהם כלי בית למטל' שהם סחורות דמטלטלי בית מאני תשמישיה יקירי עליה ולא עביד למכרם ולהחליפם משא"כ סחורות דכל יומא ויומא עביד למוכרם ולהביא אחרים תחתיהם דבהלו פשיטא דמחזקינן להו כלוה ולוה ואח"כ קנה ומוכח דהם שהם הב"ח סחורות אין מוציאין מידו וכ"ש וק"ו בב"ד דסחורות הלו שתפס גם הוא האלמנה מודה דחדשים מקרוב באו לידו וקנאם כאמת אחר שנשא ולוה ופשיטא דמהני תפיסתו של הב"ח המאוחר ולפי זה לא מבעיא במטלטלים שתפס שאין מוציאין מידו אלא שגם במטלטלים שלא תפס והנם נמצאים בביתו או בבית אחרים דינו הוא שיחלוקו אבן מטעמא אחרינא אין מקום לזכות הב"ח במה שלא תפס והוא כיון דהוי מלוה ע"פ אמרו' שמא התפיסו לדרי וכמ"ש בסי' ק"ו ס"ב עי"ש

אמנם לכאורה נראה דבנ"ד שנכנס הב"ח לבית המת ותפס סחורות הרי עבר אדאור' דכתיב לא תבא אל ביתו לעבוט עבוטו וכיון דקי"ל דכל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני וא"כ תפיסתו לא מקרי תפיסה אבן כד דייקינן פורתא נראה ברור דהא בדותא היא דהא תנינן במ' ס"פ המקבל דקי"ו דהוא נכרא דתכל סכינא דאשכחא מחבריה את' לקמי' דאביי א"ל זיל אהדרים דהוס ליה בלי שעושים בו אוכל נפש ותא קום בדינא עלה רבא אמר לא צריך למיקם בדינא עלה ויכול לטעון עד כדי דמיהן ע"כ וקי"ל כרבא הרי דאפי' דעבר אמאי דאמר רחמנא לא יחבול ריחים וכו' ותני במתני' ולא ריחיים בלבד אמרו אלא כל דברים שעושים בהם אוכל נפש ואפ"ה קא' רבא דאי תפס יכול לטעון עד כדי דמיהן וממילא דה"ה בנ"ד דאע"ג דעבר אמאי דאמר רחמנא לא תבא אל ביתו וכו' אי תפס יכול לטעון עליהם עד כדי דמיהן ואע"ג דרבא איהו גופיה אמר כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני מ"מ כבר אמרו בפ"ק דתמורה אמר לך רבא שאני התם דאמר קרא השב תשיב ופרש"י מריבוייא דקרא נפקא לן דמחזיר כמה פעמים ולא משכחת לה אלא בכי דמחזיר כלי יום ויום וכלי לילה בלילה ע"כ הרי דלאו זה שאני משאר לאוין ומודה ביה רבא דאי עביד מהני וככר ראיתי לתור"ס ז"ל בסי' ל"ז סי"ב שכתב דאע"ג דעובר בלאו מ"מ מה שעשה עשוי ואין צריך להחזיר לו עד שישלם לו ועי"ש בט"ז גם בסי' ע"ב סי"ז כתב הטור וז"ל ואפי' היה זה הדבר שמחזיק בו דברים שעושים בהם אוכל נפש או בגד אלמנה לא אמרינן כיון שחייב להחזיר אין לו מגו אלא כיון שאין עדים והיה יכול לכפור יכול לטעון עד כדי דמיו ע"כ ופסקה מור"ס כהנה יע"ש ועיין בסי' ל"ז סעיף י"ד ובסמ"ע ס"ק כ"ד ובש"ך שם סק"ג וראיתי להרב בית אברהם בסי' ל"ז ס"ס י"ו שהביא דברי מורם בהגה וכתב שהקשה אליו הרב כמהר"ר ברוך דאני ז"ל דהא קי"ל כרבא דאמר כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני והוא ז"ל השיב לו עפ"י דברי מהרי"ט בח"א סי' ס"ט יע"ש ואחרי המח"ר אני תמיה על שני הרבנים ז"ל איך נעלם מהם תלמוד ערוך דפ"ק דתמורה דף ו' דשם הובא פלוגתא דאביי ורבא אי עביד מהני או לאו ופריך שם הרבא דאמר אי עביד לא מהני והרי משכון דאמר רחמנא לא תבא אל ביתו לעבוט עבוטו ותנן מחזיר את הכר בלילה וכו' ופרש"י ז"ל אלמא מהני וקני למשכון יום בלילה ומשני אמר לך רבא שאני התם דאמר קרא השב תשיב ע"כ הרי בפירושא אתמר דלאו זה שאני משאר לאוין דגלי ביה קרא דאי עביד מהני ואין ספק שלא שלטו עיניהם בסוגיא הנז' וצ"ע גם מה שהשיב לו הרב בני אברהם ואייתי בידיה חילוקו של הרב מהרי"ט ז"ל שכתב דע"כ לא אמרינן כל מלתא דאמר רחמנא וכו' אלא היכא דאי מבטלינן זביניה ומעשיו בטלין הדרא מילתא כדמעיקרא דר"ח קיימין ומעשיו בטלים אבל היכא דאי עביד למילתא עון עלמו אינו נמחק בהא לא אמרינן דאי עביד לא מהני ע"ש אמור מעתה היכא שמשכנו בלוה שאר דברים הרי עבר אמימרא דרחמנא ועון עלמו אינו נמחק שכבר נכנס לביתו ואם יחזיר לו מה שמשכן ממנו מעשיו אינן בטלין וכו' עכ"ד ואחרי המח"ר הא ליתא דאם איתא לחילוק זה מאי פריך הגמרא אדרבא ממשכון הא משכון שאני דעון עלמו אינו נמחק וככה"ג לא אמר רבא דאי עביד לא מהני ועוד אני תמיה דהא לאו זה הוי לאו הניתק לעשה וכמ"ש הרמב"ם בפ"ג מהלכות מלוה והוקא אם אכר המשכון או נשרף דה"א לקיים העשה שבו אז לוקה ולהראב"ד שם בהשגות אפי' אכר או נשרף אינו לוקה דאיתיה בתשלומין והוי כלאו דגנבה וגזילה דבידו לתקן ולהשיב הגזלה ובין למר ובין למר אפשר לקיים העשה שבו ועון עלמו נמחק והדברים ברורים וק"ל :

מיהו בהא איכא לעמור דבכה"ג דנ"ד דהב"ח תפס דברים של סחורה דאינם בתורת השב תשיב דקאמר רחמנא דלא קאמר אלא בכסות יום וכסות לילה דהוו בתורה אבל בשאר דברים דלא ניתקו לעשה דהשב תשיב ועובר עליהם כלאו ותזר הדין כוס הא דאמר רבא דכל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני והיה לן למימר דחייב להחזיר אכן שבתי וראה דהא לאו מילתא היא דאי איתא דיש לחלק בין משכון למשכון הו"ל להש"ס ולהפוסקים לומר דבעשיר לוקה אם משכנו דהא לא ניתק לעשה גבי עשיר דליתיה בחזרה ומסתמיות דב' ספוסקים נראה ברור דבין עני ובין עשיר לא לקי עלוייהו כי אם באכד המשכון או נשרף דה"א בחזרה לדעת הרמב"ם ז"ל והראב"ד פליג גם בזה משום דניהן להשבון וכמ"ש לעיל ובחפשי על זה ראיתי להרב מג"ל שתמה על דין זה שכתב הרמב"ם דאחד עשיר וא' עני אינו לוקה דהא תינח עני דניתק לעשה דהשבה אבל עשיר דלתיה בהשבה אמאי לא לקי וכתב דדבר זה הוא תימה בעיניו וצ"ע ע"ש והרואה יר' דבולא כדבר וזה נפתח בגדולים ה"ה בתמורה דף ד' דפריך

דפריך אביי התם וכל לאו שניתק לעשה לא לקי
והא מומר דלאו שניתק לעשה הוא ולקי וכו' ומשני
הוא להו תרי לאוי דלא יחליפנו ולא ימיר חד עשה
ולא אתי חד עשה ועקר תרי לאוי ופריך עוד והרי
אונס דחד לאו וחד עשה ולא אתי חד עשה ועקר
לאו דהגיה אונס שגירש אם ישראל הוא מחזיר ואינו
לוקה ואם כהן הוא לוקה ואינו מחזיר ומשני כהנים
קאמרת כהנים טעמא אחרינא הוא דרבי רחמנא
קדושה יתירה ופרש"י ז"ל דכיון דאמירא קדושתיה
אחמיר עלייהו טפי מישראל דלילקו אפילו אלאו
שניתק לעשה ע"כ ומשמע מפירושו דהאי לאו דרבי
בכהנים קדושה יתירה לא לקי בהן אע"ג דניתק לעשה
לא שייך גביה שהרי אינו יכול להחזיר גרושתו מ"מ
כיון דלגבי ישראל ניתק מקרי לאו הניתק לכ"ע וגם
כהן לא לקי עליה והאי דלקי עכשיו משום דרבי בהו
קדושה יתירה אבל התוס' שם בד"ה כהנים וכו' כתבו
ור"י פירש כיון שאסר הכתוב גרושה לכהונה אינו
ניתק הלאו לעשה וכו' ע"ש הרי דדעת רש"י כל
לאו שניתק לגבי חד אע"ג דבשאר אינשי ליכא ניתק
ליכא ביה מלקות כלל ולדעת התוס' בג' חד לחודיה
קאי דבישראל איכא ניתוק ולא לקי ובכהנים ליכא
ניתוק לגבי דידהו ולפיכך לקי ובנ"ד הוי כמי דכוותא
דבעני איכא עשה דהשבה ובעשיר ליכא ניתק לדעת
רש"י כיון דלגבי עבוט דעני ניתק אף בשאר דברי' הוי
ניתק וגם אדם לא לקי ולדעת ר"י שכתבו התוספות
מאי דשייך לגביה דידיה ניתוק לא לקי ומאי דלא שייך
כגון עשיר לקי וכדעת המש"ל שוב עיינתי דאפשר
דבנ"ד גם ר"י שהביאו התוס' יודה דשאני התם בכהני'
דאי אפשר בשום אופן לתקן הלאו שעבר שהרי גרושתו
אסירא ליה דאורייתא ולאו זה לגבי דידיה ליכא לתקן
עולמית משא"כ בנ"ד דגם בעשיר אפשר ליה להחזיר
אלא שהתורה פטרתו כמו שדרשו ואם איש עני הוא
לא תשכב ועבוטו אצלך הא עשיר שכב א"כ גם
כזה מקרי לאו שניתק לעשה וראיתי להרב קרית מלך
רב שכתב ליישב קו' המש"ל ז"ל וכ"ל דרבינו סובר
דהשב תשיב קאי גם לעשיר דהוי ניתק לעשה ומאי
דנקט קרא ואם איש עני הוא לומר שמתחיל היום
השבתו כבא השמש ואם לאו עובר משא"כ בעשיר
דאין התחלת חיוב השבתו עכ"פ כבא השמש וכמ"ש
בש"ס הא עשיר שכב אלא שאם לא קיימו לבסוף
ונאבד או נשרף לוקה וכו' ע"ש

ט שאלה על ראובן שהיה לו חזקה בשירות
המכס מנחל' אבותיו ושוב נלב"ע ותנ"ם
ולא הניח בן יורש מקומו כ"א בת נשואה לשמעון
אם הבת יורשת חזקה הנז' להבנים בעלה במקומה
אם מכח הדין אם מכח שמנהג אם לאו יורנו המורה
ושכמ"ה עוד יש להסתפק אם האשה גובה כתובתה
מחזקות הללו מי שוו ראוי אם לאו ואת"ל דגובה
אפילו יש תחת יד היורשים נכסים רבים ומוחזקים
ועל הכל יורנו המורה לצדקה ושכמ"ה.

תשובה גם האלקים הוא יודע כי לא רגילתי ליטפל
בדבר זה כי על כיוצא בזה נאמר
החושך עצמו וכו' ובפרט כי חלי"ח יש אלהים שופטים
בארץ אך מה אעשה שמשני הצדדים הפצירו בי עד
בוש לגלות דעתי בדין זה ואני אל אלהים אקרא
ינחני בדרך האמת לכל אבא בדברי הלכה ואבא
היום ללקט אורות ואשא שורות מאו"מר מן הם הדברים
המשתעשעים לדין זה ואנכי הרואה שדין זה מתחלק
לכמה סעיפים וע"כ אבארם אחד לאחד עד אשר
אבא לפרק נגמר הדין והתחלה יש לברר אם מן
הדין שהבת יורשת בחזקות הללו אם לאו ומזה ישתעף
לברר ביאור המנהג פה בא"ץ הללו · שנית יש לדעת
שאם יתלה שדבר זה תלוי במחלוקת הן לענין הדין
או מצד המנהג מי הוא הזוכה אם הבת שהיא יורשת
מצד הדין או האחים שהם מוחזקים כעת בשירות
המ' ולדעת מי הוא הנקרא מוחזק איזה הוא הזוכה
ההוי אורך המע"ה · שלישית יש לדעת אם האשה
גובה כתובתה מחזקות הללו הגם דהוי ראוי ואת"ל
דגובה מהם אם גובה אפי' כשיש נכסים לבעל
ושם תחת יד היורשים · רביעית באם יפה עשו הב"ד
שהגבו לאלמנה כתובתה הגם שיש לה נכסים או
נימא דשלא כדין עשו מה שעשו · ה' אם נאמר
כבה"נ כי דינא בתר כי דינא לא דייקי ואין לנו להרהר
אחריהם · והנה לענין ירושת הבת בחזקות הללו וכיוצא
הנה עין רואה בספר יול"א מבה"י הקדוש הרב כמהר"ר
ישעיה עטיה זלה"ה אחד מגדולי הדור שלפנינו שם
כתוב וז"ל דמן הדין אין הבת יורשת בחזקות הללו
עכ"ל גם נמצא שטר עשוי מעה"ק יד הקדש הרב
הגדול כמהר"י קלין זלה"ה שמתבאר מתוך דבריו
שאין לבת חלק ונחלה בחזקות הללו שזה כתוב למר
ניהו רבה ז"ל בד' אחים שהיה להם חזקת שירות ומת
אחד מהם ולא הניח בן כי אם בת שנמצאת שחזקה
נחלקת לשלשה האחים הנשארים עכ"ד גם בשטר אחר
מכ"י הרב הנז' מבואר בפי' שאין הבת יורשת נחלה
בחזקות הללו והרבנים הנז' סתמו הדברים כאלו
היא הלכה ברורה ומקובלת למשה מסיני והרואה
יראה בתשובה להרב שתבי"ב בשניות דח"מ סי'
ק"ב בראובן ושמעון שהיו תופסים בחזקת הלבע
ומת שמעון וכן אין לו כי אם בת יתומה ואח"ך נישאת
ובא בעלה ותבע לראובן חלק החזקה והאריך הרב
שם וזיכה את חתן שמעון ביטול חלק הבת מראובן
הנז' יעש"כ גם אשר להרב דבר משה בח"מ סי'
ק' מתבאר מתוך דבריו שהבת יורשת נחלה בשירות
המכס ע"ש בסוף התשובה שכתב וז"ל ומה גם שבאותו
פרק אחיו של דניאל היה תפוך בנים ולמר"מ היה
לו בת יחידה איך יתכן דהעביר נחלת בתו לאחיו שלא
היה לו בנים עכ"ל גם בח"ב להרב הנז' בח"מ סי'
ס' שם מתברר דהבת יורשת נחלת אביה בחזקות
של הספסירות יע"ש והנה הרב שתבי"ב וס"ד"מ בתשו'
הנז' לא באו ונעולם לידי ספק האם יש מעיקרא
דדינא תורת נחלה לבת בחזקות אלא כתבו הדין
כשאם דמשמע להו ודאי דאחר הבן ואחר הבת כמש'
בדין כל נחלה ותעלם יש לנו לדעת שרשן ועיקרן של
דברים שכתבו רבני הר"ן הנז"ל דאין הבת יורשת בחזקת
המכס על מה אדנים הוטבעו ומהיכא פסיקא לכו
והנראה ברור ששורש דבר זה אך יצא ולא ממאי דחזינן
דהפלינו דכוותא קתאי כמו שיש לו חזקת שירות
המכס ונלב"ע והניח אחיו בן קטן שאינו ראוי
לשירות האם כשיגדל הנער חוזר הוא לחזקת אבותיו
דנחלה היא לו או לא כי שנה הרב הגדול במהרי"ט
בן חבי"ב בתשובה כ"ו וגו'מ בש' קרבן אשה כתב
וז"ל אמנם מה שיש לחקור מפני מה לא נכנס
בנימין לוי בשירות המכס מיד אחר מות אביו וכו'
ואומר דאם בשביל שטעה שבאותו הפרק היה קטן

הדבר

הדבר פשוט שבשביל זה לא איבד חזקתו שהרי לענין מלכות כתב הרמב"ם בפ"א מה' מלכים דהמלכות ירושה היא ואם הניח בן קטן משמרים לו עד שיגדיל כמו שעשה יהוידע ליואש ע"ש גם מוהריק"ו הרס קל"ב זוכה לק"ק מנטובה מפני שבעל החזקה הלך לעיר אחרת יע"ש דמשמע הא אם לא היה הולך לעיר אחרת זוכה בנחלת אביו הנה שהיה קטן עכ"ד ושכנגדו חלוק עליו הוא הרב המהר"ם גאלאנטי בתשו' ב"ו וס"ל דאין הקטן יורש נחלת אביו בחזקות ואיבד חזקתו וחיליה דהרב ז"ל מתשו' מוהריק"ש סי' ו' שכתב בכ"ד על ראובן שהיה לו חזקה בר"ה שיך ערא"ב ונלכ"ע והניח אחריו יתום קטן שכתב שם וז"ל עוד ראיתי טעם אחד לזכות את לוי אפי' בהודאת כל המנהגים ממה שבא בשאלה שהיה היתום בן ו' קטן כשנפטר אביו ולא עלה ע"ד שניח הסיך ערא"ב מקומו כלו לר"א פ כמה שנים עד ינדל היתום וכו' והלו העמידו איש נאמן אלא הסיך ערא"ב לר"א תכף לפטירת ראובן היה אפשר לומר וכו' אבל השתא שנכנסו אפי' הערלים כדין זה המחזיק מידם זכה עכ"ל ומזה דן הרב המג"ן ז"ל דהא' כנימן ן' לוי הנז' לא נכנס מחמת שהיה קטן איבד את מקומו והואיל ואירתי אידתי ואין מן הדין לחזור לחזקתו כשיגדיל הפך דברי מהר"ם כ"ח ז"ל והרב כמה"ר אליה שפררי בתשו' כ"ו החזיק כמעוז כהרב המג"ן ז"ל כהלכתיה וכטעמיה דלא כמהרמכ"ח וכיולא בדבר אחה תחזה להלק"ט ז"ל בח"א סי' ט"ל על חוקע שמת והניח בן קטן ונכנס אחר במקומו וכשגדל הנער רלה לירש זכות אביו כתב דכיון דאידתי אירתי והנראה מדברי בנו הרב המני"ח דהסכים על ידו ועשה לו סמוכות מדברי בפו' ז"ל יע"ש גם הרב ד"מ בא"ס סי' כ' הנה שדחה ראיות המני"ח מ"מ בכ"ד הסכים להלכה כהלק"ט וכתב דלא נהגו כש"ן וכיולא דאם מת והניח בן קטן דמשמרין את המקום אלא תכף מכניסים אחר במקומו והבן של הא' איבד את חזקתו ע"ש הנך רואה דכל הפוסקים הנז' מהריק"ש והמג"ן והלק"ט והמני"ח והד"מ פליגי אמהר"ם ן' חביב כדס זו היא שק' לשיטתייהו הראיה שהביא מהרמכ"ח מדין המלכו' שמלינו שמשמרין את המקום ולא אמרינן דאיבד חזקתו וי"ל דס"ל דודאי דין הוא שישמרו את מקומו כמו שעשה יהוידע ליואש אבן אם לא נמלא מי שרלה לעמוד ולשמר את מקומו עד שיגדיל ועי"כ נכנס אחר וזכה לעלמו זכה והבן של הא' איבד את מקומו ועוד שהמעיין בתשו' להרב חק"ל ז"ל בא"ח סי' ת"ו בעיניו יראה שדחה ראיה זו בשתי ידים והאריך הרב שם והעלה דקטן אינו יורש את אביו בשררה ואפשר אם ירלה אחר לעמוד במקומו עד אשר יגדל לאו כל הימנו ועש"ב וכנה לכאורה יש להקשות אדברי מהר"ם ן' חביב מהספרי דתניא בת"כ בבי כ"ג תחתיו מבניו שבנו קודם לכל אדם יכול אעפ"י שאינו ממלא מקום אביו ת"ל ואשר ימלא כימן שממלא מקום אביו הן ואם לאו יבא אחר וישמש תחתיו ע"כ ולפי ס' מהר"ם ן' חביב הנה שהוא קטן ואינו ממלא איך יבא אחר וישמש הרי חזקתו עומדת עד אשר יגדל ובאמת דהא ל"ק דבריותא לנדדין קתני דבקטן שאינו ראוי יבא אחר וישמש תחתיו עד אשר יגדל ויחזור לזכות חזקתו ובמי שאינו ראוי כלל לא היום ולא לעולם אזי יבא אחר וישמש תחתיו והוא איבד את מקומו לגמרי וכעין זה כתב הרב דבר משה שם יע"ש · מעתה כיון שמלינו שאפילו בקטן דס"ס ראוי הוא לכשיגדיל אפ"ה סברי הפוס' הנז' שאיבד את מקומו כ"ש בכת שאינה ראויה לשירות לא היום ולא לעולם דפשיטא דלס' המג"ן ודעימיה דחזקתה אבודה אלא אפילו לס' מהר"ם ן' חביב דס"ל דקטן אית ליה זכיה היינו משום דמשמרין לו מקומו עד אשר יגדל ויהיה ראוי וכל הראוי לבילה וכו' משא"כ בבת דלעולם לא תהיה ראויה י"ל שגם מהרמכ"ח ז"ל יודה דאיבדה את מקומה ולא עוד אלא שראיתי להרב מהר"י ששון בתשו' כ"י שהעד העיד דמנהג הא"ר"ן יע"א כס' הרב המג"ן דהקטן איבד מקומו ובכל הקודש לזכות זוכה מן ההפקר ואין לקטן כלום ואם כן הוי ק"ו בבת ומי יוכל לדון ולהוליא נגד ס' המג"ן ודעימיה ובפרט היכא דנהוג כוותיה וכעדות מהרי"ש ז"ל הנז' ·

האמנם אנכי הרואה להרב הגדול כמהר"ס הררי ז"ל שהוא היה בזמן הרבנים מהרמכ"ח והמג"ן שהעיד הוא ז"ל דמנהג הא"ר"ן היה עפ"י הוראת מהרמכ"ח דהקטן לא איבד את מקומו וכתב דכמה פעמים עבור עובדא דכגי א"ר"ן לחייב את העומדים לשרת בשירות המכס לתת חלק לקטן בנחלה זו שירש מאבותיו ע"ש ובשאכי לעלמי לא ידענא לכוין עדותם של הרבנים הנז' אי הוי פלוגתא איך הוא המנהג או לומר דמעיקרא בימי הרב כמהר"ס הררי ז"ל היו נוהגים כמהרמכ"ח ואחר זמן רב שינו את מנהגם ונהגו כהמג"ן כעדותו של הרב מהרי"ש ז"ל שהיה בדורינו זה והנה כי כן לא ידעתי מאי אידון ביה ולא הוכרר המנהג אי כמהר"ס ן' חביב או כהמג"ן אכן לפום ראות עינינו מה שנהגו משרתי המכס גם לקטן נותנים בנחלה שירש מאביו וכעדותו של הרב מהר"ס הררי ז"ל :

ואיך שיהיה כבר כתבנו דאע"ג דבקטן איכא פלוגתא אפשר דבבת כ"ע יודו כיון דאינה ראויה לעולם לכלל שירות ומעתה גם אם נאמר דבקטן נהגו כמהר"ס ן' חביב לית לן לתילף דהוי מנהגו גם בבת כיון דאפשר לחלק ביניהם כדכתיבנא וכבר כתב הריב"ש בתשו' סי' תע"ז דכל שאנו דנין מכח המנהג אין לדון בו אלא בדומה ממש למה שדנים בו המנהג וכל שיש קלת התחלפות מן הנדון אל המנהג אין הולכים אחריו ע"כ ונמשכו רוב האחרונים אחר הריב"ש בכלל זה ואפשר שמדברי הריב"ש ז"ל יראה דדוקא היכא שהמנהג אינו בנוי על קו היושר הוא שכתב כן אבל במנהג שנהגו עפ"י סברת איזה פוסק בכ"ד דאם נהגו לזכות לקטן בנחלתו זאת הוא על פי דברי מהר"ס ן' חביב ובכגון דא לא אמרם הריב"ש ז"ל ואפשר דס"ל דשפיר ילפינן מיניה אף שיש קלת התחלפות מ"מ הרואה יראה בתשו' מהריק"ש הנז' שעל דין הקטן בשירות המכס כתב זה הכלל של הריב"ש יע"ש בסוף תשובתו וכ"ש שיש מקום לחלק טובא בין דין הקטן לבת כי הנה אם נהגו כן בקטן אין ללמוד ממנו לבת שהרי חילוק גדול יש ביניהם וכמ"ש ובפרט שהדבר ברור אללינו ומנהג פשוט שאין הבת יורשת בחזקות הללו כאשר עינינו הרואות הא ודאי דליכא מילתא דסברה כרכתיבנא דאף מאן דפליג בקטן יודה בבת שאינה ראויה לעולם לבא לכלל שירות ·

האמנם שמעתי מי שרצה לומר דמה שנהגו
שאין הבת יורשת בחזקות הנז' הוא
דוקא בבת בתולה שאין לה עדיין גברא דרצי בתריקא
אבל בנשואה הא ודאי עדיפא מקטן שהרי הבעל
ראוי הוא ליכנס ושרת את אחיו והכלין מנא לחילוק
זה מטעם אחר שנמצא שיש לדקדק קצת ממנו כן
ואני אומר דחקירה הלזו הנה היא מוצאת להרב
חק"ל בח"מ סי' כ"ג שכתב וז"ל והא פשיטא שאם
הבת אינה נשואה שנוגעת השררה לאחיו וכו' אבל
מאחר שהבת היא נשואה וקי"ל הבעל יורש את אשתו
או בניה וא"כ כל כה"ג שנפלה ירושה זו הנה שהיא
אינה זוכה שאינה ראויה אך אפשר שלא נתעקרה
ירושה זו לגמרי כיון שיש לה יורש שהוא ראוי בירושה
זו שהוא הבעל ירש מכחה וכו' והאריך הרב ז"ל שם
ולבסוף מסיק וכתב וז"ל באופן דעל האמת ליכא
ראיה כלל שכן הבת יהיה ראוי לירש בירושה זו וכן
דעתי נוטה קצת ועכ"פ צריך לימוד · אך לענין
חתנו ברור לי שאינו נכנס לירושה זו מטעם שכתבתי
ושו"ר בס' עבודת הגרשוני סי' מ"ט דפשיטא ליה
כן אפשר שמהראיה שמביא לא מכרעא וכן נ"ל שדבר
ה' בפיהו אמת עכ"ל הרי מבואר דדעת הרב עבודת
הגרשוני והחק"ל דאין הבת הנשואה מקרייא ראויה
בשביל בעלה שהוא ראוי ואגב שכתב החק"ל שם
שראה בסוף תשובת מור"ם ז"ל תשו' אחת לבן רב
העשל דדעתו ז"ל שהחתן זוכה ברבנות של חמיו מכח
אשתו מ"מ כבר הרב שם דחה דבריו יע"ש וליכא
למימר שלא כתבו כן הרב עה"ג והחק"ל ז"ל אלא
בענין השררה שאינה נמכרת בממון וכמו שפסק
מרן בה"ת סי' קנ"ג סי"ב יע"ש ומש"ה אין הבת
יורשת בנחלה זו לא לה משום דאינה ראויה לשירות ולא
לבעלה דלא עדיף מגברא דאתי מחמתיה אבל
בחזקות הללו שמן הדין ומן המנהג יכול בעל החזקה
למכור והרי הוא בממון גמור א"כ גם הבת היא יורשת
למכור לאחרים אעפ"י שהיא אינה ראויה וממילא
גם היא מזכה לבעלה בנחלה זו דליתא דגם בחזקת
השררה כבר כתב הט"ז שם בש"ך יו"ד דלא כתב
הש"ע כן אלא כשמחזיק בה בחנם אבל אם איהו
גופיה קנאה בדמים יכול הוא למוכרו לאחרים יע"ש
גם החק"ל עצמו בסי' כ"ד כתב דנראה מדברי
מהר"ש בעל סברא זו דאם בא למכור ברשות הקהל
שפיר דמי והגם שתמה דהיאך יוכל להפקיע זכות
היורשים מ"מ בסוף התשובה ישב זה עפ"י ס' תה"ד
והרמ"ע שאם המנוי בשררה אינו רוצה בה אין בנו
זוכה עכ"ל הרי דס"ל ז"ל דלפעמים יכול למכור והוי
ממון גמור ואפ"ה סתם הדברים דאין הבת ולא החתן
זוכים מכח המוריש ועוד שהרי מהר"ש ן' חביב ז"ל
יליף לדינו מדין השררה והמלכות ואי איתא לההיא
טעמא דממון גמור הוא מחמת שיכול למכור לאחרים
למה הוצרך ללמוד דין הקטן מדין המלכות הלא
ירושה גמורה היא לו ושום ממון · מכ"ש שקשה
להחולקים עליו · שכתבו שהקטן מוכר חזקתו
מחמת שאינו ראוי לירש הא יכולים הב"ד או האפוט'
למכור אותה לאחרים בשבילו אלא ודאי דלא שנא
אפילו היא נמכרת בממון כיון שכל ירושה זו הוויא
דרבנן וכמבואר בדבריו, הפו' לא העמידו דבריהם
אלא באיש שהוא גדול וראוי משא"כ בקטן ובבת ובבר
הרב פאת נגב בח"מ סי' ט"ל כתב בחזקת הסרסרות
וז"ל דלחזקות הללו לא ניתנו להם לא דין קרקע
ולא דין מטלטלין שהרי אין היורש יורשם אלא כשהנית
כן אמרו שיבא לבן חזקה וכן לחתן מצד המעלה
ולא מדין ירושה עכ"ל הרי מבואר מדבריו שאפילו
שהבן יש לו חזקה ונחלה מצד אביו מ"מ בחזקות
אינו אלא מצד המעלה או אפשר דמצד המעלה קאי
דוקא לחתן דהגם דהבן יש לו חזקה אבל החתן
אינו בתורת חזקה אלא מצד המעלה ואעפ"י שחזקות
דידן דנו בהם דין ירושה שאף שאר היורשים גם
יורשים אותם מ"מ אין לחתן שוה לבן ולא העדיפו
בת החתן בבת שבן כמו שמצינו בחזקת השררות
שלא עשו בת החתן כבת הבן וגם לדידן נמי לא
שוו ואף אם יהיה הדבר במחלוקת מ"מ המוחזק
יכול לומר קי"ל וכמו שמבואר בפוס' דבדבר שהוא
מחלוקת המוחזק יכול לומר קי"ל אם לא שהוכרע
הדבר נוכח הדין עפ"י פסקו של מרן שקיבלנו הוראותיו
או מצד המנהג משא"כ בנ"ד דלא יבצר מידי
פלוגתא וכמ"ש לעיל דמדברי הרב החבי"ב והר"מ
והגאון בנו של הרב העשל נראה דס"ל דהבת יורשת
בחזקות הללו ובאמת דלתשובת החבי"ב מצינן למימר
שפיר דלא פליגא ואיהו אזיל ומודה בנ"ד דהוויא
שירות המכס דאין הבת יורשת והוא שעיקר הדבר
שאנו דנים עליו דאין הבת יורשת הוא משום שאינה
ראויה לשירות וא"כ בנ"ד דהרב החבי"ב דעיקר שחזקה
שקנו ראובן ושמעון אחיו היא ששום אדם לא יבצע
שום בצע קושאן אדוס של צמר כי אם הם כמו שיע"ש
ובכה"ג גם הבת היא ראויה לעמוד במלאכה הנז'
ולבצוע לכל מי שירצה והבן והבת שוים בדבר זה מה
שא"כ לעמוד לשרת במכס הא ודאי לא שייכא כלל
ואפשר שלא אמרה הרב החבי"ב אלא בנ"ד שהיא
שגם היא יכולה לעמוד ולבצוע בביתה ומש"ה לא
נכנס בספק זה וא"כ דבכה"ג דנ"ד אפשר שיודה
אך הרב ד"מ דנ"ד היה בשירות המכס ובחזקות
הסרסרות ואפ"ה החזיק במעוז הבת נראה ודאי
דפליג והו"ל הר"מ ובנו של הרב העשל תרי מרבוותא
שיכול המוחזק לומר קי"ל כוותייהו אם נאמר דהבת
ובעלה הן הם הנקראים מוחזקים אזי יכולים הם
לומר קי"ל אך אם נאמר דשאר היורשים המה יקראו
מוחזקים אז חזר הדין דרוב הפוסקים מסייעי להו
וכמו שכתבנו והמוציא מהם עליו הראיה ·

ומעתה חל עלינו חובת ביאור אי חזקות הללו
של שירות המכס אי הוו כקרקע שנאמר
בהם דקרקע בחזקת בעליה עומדת והוי בחזקת
מארים קמא או דילמא דהוו כמטלטלין ובם בחזקת
מי שהם תחת ידו והנה בענין חזקת הבתים שנהוגות
בשאלוניק"י וקושט"א כבר הפליגו בזו רבוותא קמאי
אי הוו כקרקע או כמטלטלים והרוצה לעמוד על
דבריהם עיניו יחזו בדברי קדשו של הרב החבי"ב
בח"מ סי' ק"ס הגה"ט אות כ' והולך ששם אסף
וקיבץ דעות הראשונים יע"ש ועיין בתשובת הר"מ
ח"מ סי' י"ב שהאריך בזה ואיך שיהיה אנן בדידן
בחזקת שירות המכס וכיוצא ניחזי אנן אי תלייא בהאי
פלוגתא דרבוותא אי לא והנה עין רואה למוהריק"ו
שורש ד' ענף ד' בענין מכירת הקוטמ"ו כתב וז"ל
ומ"מ אומר אני דלע"ד מכח המלרנות אין יכול
לסלקו שהרי דבר פשוט הוא שאין זה חשוב כקרקע
אלא כמטלטלין בעלמא מאחר שאין המקום גורם
הזכות

לזכות של הלואת החנות אלא הרמנא דמלכא פעלמא
שהנה נותן רשות להלוות עכ"ל עיין בתשובת מוהל"ב
מהם סי' ז' יע"ש גם הרדב"ז ז"ל בח"ג סי' תקל"ג
בהלואת החאת כתב דהונה אלא חזקת מטלטלין
דבשלמא החזקה שלנו שאנו מוחזקים לדור בבתי
הגוים אפשר שחזקה זו תקרא חזקת קרקע כיון
שהיא חזקת דירה אבל חזקת החנות לא הוייא חזקת
דירה אלא שלא יוכל אחר להלוות ואין זו אלא חזקת
מטלטלין וכו' עכ"ל מוכח מדבריהם דבכה"ג דכ"ד
דהוייא חזקת שירות דדמיא לחזקת בהלואת אפילו
למ"ד דחזקות הבתים של דירה דינם כקרקע מ"מ
הזקו' בהלו נכיולא דינם במטלט' הכן רואה הנכי להר'
פני משה בח"א סי' ט"ל שכתב על דברי מהרשד"ם
ח"מ סי' שנ"ד ומהר"י הדרכי סי' ש"ן ומהרש"ך ח"א
סי' כ"א שזכו למחזיק במכס מהכא להשיג גבולו
וחילק בין כ"ד לנדון דידהו וז"ל דיש לחלק דכ"ד
דמכס הוי מקום קבוע שהאחר המחזיק במקום קבוע
וכו' נשא"כ בכ"ד דליכא קביעות מקום וכו' עכ"ל
דנראה שסובר דשירות המכס הוי במקום והוי כקרקע
אבל כד דייקינן פורתא הא ליתא דהא ודאי אין שירות
המכס תלוי במקום אלא במקום שיהיו שם השחורות
שם ולכן המוכס ומשרתיו ליקח המכס והנם דכעת
היכא מקום מיוחד שבאים שם הסחורות לבית
המכס מ"מ אין המקום עיקר ליקרא קרקע בשביל
זה המכס מתשובת הרב דבר משה שבח"ת סי'
ד' נראה ברור דס"ל דשירות המכס הוויא כחזקת
קרקע שכתב שם וז"ל ומקום חזקה זו נראה דחשיב
קרקע לענין זה דלא גרע ממקומות כ"ה דחשיב
להו הרשב"א ז"ל בכמה תשו' שהביאם ב"י סי' ק"ס
כקרקע לענין חזקה נ"ש וכו' ע"כ ועוד הביא
ראיה לדינו מתשו' הרשב"א שהביא ב"י בסי' קי"ח על
דאוכן שנתן לו המלך כחותמו וכו' יע"ש והנה
הרב ז"ל חשיב להו כקרקע לענין שאשה גובה
כתובתה מהם אך לענין אי חשיב כקרקע דנימא
בספיקו אוקי ארעא בחזקת מארי קמא אי לא זה
לא ידענו מדבריו אך ממ"ש דלא גרע ממקומות
בה"כ דחשיב להו הרשב"א קרקע הא ודאי דדין הוא
שיהיו חשובין נ"כ קרקע לענין זה דנראה ברור
דמקומות בה"כ שפיר אמרינן היכא דאיכא בהו
ספיקא אוקי ארעא בחמ"ק ולכאורה קשה על הרב
ז"ל איך לא נרגש מתשו' מהריק"ו הנז' שנראה דעתו
דהלוואת החנות לא חשיבא כקרקע והא ודאי שירות
המכס לא עדיפא מהלוואת החנות והולם בתשו'
בהמחות השום' ראיתי בתשו' מהר"ם מפדווא
סי' ט"ל דאפלינו רבוותא בהבנת דברי מהריק"ו
שכ' אחד הוא מהר"ק שהביא מהר"ם מפדווא הכין
מדברי מוהריק"ו כמ"ש וז"ל והפשר אם יהיה ספק
דאוכן בעל החזקה לא נקרא מוחזק רק שמעון מוחזק
במעותיו כי החזקה לא נקראת קרקע רק הרמנא
דמלכא כאשר כתב מהריק"ו בשו' ד' יע"ש ושכנגדו
חלוק עליו הוא הרב מהר"ז והסכים ע"י הרב מהר"ם
מפדווא וז"ל כי החזקה הנז' דין קרקע יש לה ודוקא
במלרנות פסק מהריק"ו שאין לה דין קרקע כי לא
במקום הלויא מלתא רק הרמנא דמלכא אבל לענין
שיהיה לה דין קרקע שיהא בעלה נקרא מוחזק הוא
דומה לקרקע כאשר הראה מהר"ז מתשו' מוהריק"ו
עצמו בסי' קפ"ז וכו' עכ"ל גם בסוף תשו' הב' ישב

הרב לדברי מוהריק"ו בשורש קי"ח שנראה מהם לכאו'
דלא אמרינן דמ"ק יקרא מוחזק יע"ש וגם תשובת
הרדב"ז הנז"ל אפשר לומר דדוקא גבי יאוש אמרה
דהוו כמטלטלין אבל אה"נ דהוי בחמ"ק סיכא דאית
בה פלוגתא דרבוותא אבל מתשו' מוהריק"ו שורש
קי"ח נראה דס"ל דחזקת הישוב דהיינו הלוואת החנות
הוי מטלטלין ולא הוי בחמ"ק שכתב שם דשאני התם
שהיו דנים על גוף הקרקע ומש"ה לית לן לאוקומא
בחזקת מארי קמא אבל היכא שהם דנים על ישוב
המקום פשיטא דלא שייך בכה"ג לומר אוקמה בחמ"ק
עכ"ל אכן בשורש קפ"ו נראה לכאורה דשינה את
טעמו דמשמע דס"ל דחזקת הישוב כמוחזק בגוף
הקרקע מכח השר יע"ש וכבר עמד על סתירה זו
מהר"ם מפדווא שם וחי' דודאי מי שהוא מוחזק
בחזקת הישוב הוא כמוחזק בקרקע והיא דשורש
קי"ח לא היה ראובן מוחזק יען כי מת השר ושמעון
היה מוחזק ע"כ ולהידים בחזקות דכ"ד שפיר י"ל
דהוו בחמ"ק אבל מרן החבי"ב במ"ב סי' קנ"ו כתב
דתירוץ מהר"ם מפדווא"ם דחוק והוא ז"ל תי' דשאני
ההיא דשורש קפ"ו שנתן לו המלך רשות שלא יוכל
שום יהודי לבא לדור שם בלתי רשותו דהוי כמי
שמכר לו העיר ונעשה מוחזק בגוף הקרקע יע"ש
ועפ"י תירוץ זה יולא בכ"ד דלא מקרי קרקע להיות
בחמ"ק ואין לומר דשירות המכס עדיף מחזקת הישוב
דשו' קי"ח לדעת הרב"ב"נ :

ואיך שיהיה דעת הרב ד"מ דהוי כקרקע וכמ"ש
הגם דנראה דכונת הר"ב לקרותו קרקע
לענין שאשה גובה כתובתה מהם מ"מ נראה מדבריו
דהוי כקרקע ממש וממילא דלכל מילי דינו כקרקע
וכן נראה מדברי הרב פאת נגב בח"מ סי' ט"ל
שנסתפק בחזקת הסרסרות אי מ"ק מקרי מוחזק
וכתב דשאני חזקות הבתים דיכול להורים ליורשיו
והו"ל כקנין הגוף וכמ"ש מהרימ"ט בח"מ סי' ל'
וא"כ בחזקות שלהם שאינו מורים ליורשיו אין לומר
דמ"ק מקרי מוחזק עכ"ד נראה ברור דבחזקות שלנו
דעשו חיזוק לדבריהם שהוא מורים ליורשיו דיני ממש
לחזקות הבתים ומ"ק מקרי מוחזק ואיך שיהיה מידי
פלוגתא לא יצאנו דאיכא מאן דס"ל דבכיולא בכ"ד
מ"ק מקרי מוחזק ואיכא מאן דס"ל דלא הוו כקרקע
ממש לענין זה ומידי ספיקא לא נפקא חדא ועוד
אמינא דבגם את"ל דברור להו דדיינינן בהו כקרקע
ממש אכתי לא פלטינן מידי ספיקא ופלוגתא דרבוותא
והוא ממ"ש רשב"ם פרק חזקה דל"ב גבי עובדא
דנתין לחוב אין שטרא מעלייא הוא לי והרכם וכו'
והלכתא כרבה כארעא וכתבו התום' פי' רשב"ם
דמספקא לן כמאן הל' וצריך לרחוק ולפ' ולחלק בין
ספיקא דתרי ותרי לספיקא דדינא דהא לא אוקמוה
בחמ"ק כמו בנכסי דבר שטיא וכו' אבל הכא בספיקא
דדינא דמס"ל דינא כמאן לא שייך למימר אוקמה
בחמ"ק עכ"ד נראה ברור לדעת רשב"ם היכא
דאיכא פלוגתא מוקמינן לה לחזקה בחזקת מי שהוא
קמת ידו אכן לסברת ר"י שהביאו התוספות שם
דפליג על רשב"ם הוי בחמ"ק וא"כ בכ"ד דירושת הבת
הוויא פלוגתא כנחלקב גם דנימא דחשבינן לחזקה זו
כקרקע ממש אכתי כדעת רשב"ם לא הוויא בחזקת
מארי קמא •

אבן שעיפי ושיכוני דלכאורה כל כה"ג ס' רשב"ם הלזו נראה דיחידאה' וכן מלאתי למהר"י כאשון בתשו' סס"י כ"ו שכתב דאין מי שסוברים עם ס' רשב"ם ע"ש גם הרב כני משה בח"ב סי' ל"ז כתב וז"ל דכמעט סברא זו יחידאה היא וכל גדולי האחרונ' לא חשו לה הנה מהריב"ל בכמה תשו' כת' כפלוג' דרבוותא לאוקמי ארעא בחמ"ק וכן מהרש"ך ח"א סי' קמ"ח ובכמה מתשו' ומהרשד"ם סי' שמ"א ובכמה מתשו' ומהרא"ש סי' ר"ז כתב דסמכו כל הפוסק' לפסוק דמ"ק הוי מוחזק אפי' בפלוגתא גם מהרש"ך סס"י כ"ט הסכים לדברי מהר"א מונאל שכ"כ יע"ש עכ"ל הפ"מ גם בתשו' מהרא"ר"כ סי' קמ"ט וקנ"א וקס"ג וקע"א וק"ל וקמ"כ וק"ן ורי"ט נראה מדבריו להדיא דאפי' היכא דאיכא פלוגתא אמרינן אוקי ארעא בחמ"ק יע"ש עין רואה דסברת רשב"ם הלז גדולי האחרו' ז"ל נדח' קראו לה והו"ל כמ"ש מוהריק"ו שאין לומר קי"ל היכא שכל חכמי ישראל חלוקים עליו גם ראיתי להרב חק"ל בח"מ סי' ע"ה שכתב וז"ל ועם שגם בזה רשב"ם בפ' חזקת וכת רעמיה דעאס דבספיקא דדינא הקונה שדר חשיב מוחזק נגד מ"ק כבר עמדתי ע"ז בתשו' אחרת וכו' ושם ביארתי דגם בס' שקול הזלינן בתר מת"מ כיון דרוב הראשונים הכי ס"ל עכ"ל וא"כ נראה בנ"ד דמוקמינן לה בחזקת הבת דהוי מ"ק כיון שהיא באה מכח אביו והאנשים הם נקראים מוציאים מידה

האמנם כל היד המרבה לברוק דאם תראה להקת הפוס' דסברי כרשב"ם כי הנה הרב מהרא"ר"כ בתשו' סי' קנ"ד כתב דמהר"ש רבו של הרא"ש והביאו הרא"ש כלל ה' סי' ח' ס"ל כרשב"ם וכתב ז"ל דכיון דנ"ד הוי פלוגתא אית לן למימר דאוקי ארעא בחזקת מי שהוא בידו עכשו ואף דפליגי על רשב"ם ומהר"ש סוא"ת הוא עכ"ד גם הרב פ"מ ז"ל הנס שבתשו' הנז' שכתבתי שהיא היתה בס' הא"ח דחה לסברא זו ושכיא גדולי האחרו' דלא חשו לה מ"מ הינו גופיה בח"א סי' ס"ו שהיא מאוחרת לזו שהיא בס' התכ"ד חזר בו וכתב דראה למהרא"ר"כ בסי' קנ"ד שצירף לס' רשב"ם הלזו סברת מהר"ש וא"כ ראוי להחזיק הקרקע ביד הבע"ח שהיא תחת ידם יע"ש גם הרב פמ"א בח"א סי' כ"ו צירף לס' זו ס' הריטב"א בשם י"א גם צירף לזה סברת הרשב"א בתשו' הביאם ב"י סי' קנ"ה סס"ב יע"ש גם מלא שכתבו כן משמו של הר"י בירקי יע"ש גם מהר"י כולי בס' מש"ל פ"ז דשכירות דין ב' כתב דהרמב"ן בחידושיו ס"ל כרשב"ם גם מהר"ש יפה הביאו הכנה"ג סי' ק"ס הגה"ט אות י"ד וכתב שם דכללו של דבר דכל הני רבוותא קיימי בס' רשב"ם ולא מלינו מי שיחלוק עליו בפי' כי אם ר"י בעל התו' ויחידאה הוא עכ"ל גם בתשו' ושיא ל"ו נדפסה בס' עורת נשים האריך הרחיב בזה וכתב דרוב הפו' ס"ל כרשב"ם ויען כי כרגע נראה לי לא דקדקתי בדבריו מעתה כיון דרשב"ם ומהר"ש והרמב"ן והרשב"א והריטב"א בשם י"א ואחריו נמשכו הפ"מ והפמ"א והלח"ר ומהרש"י ומהר"י בירקי הא י דראוי לדון בזה דמוקמינן לה בחזקת מי שהוא י היכא דאיכא פלוגתא והכי נקטינן ובפרט לפום י דחזינא למרן ז"ל בתשובה בס' אבקת רוכל סי' קכ"ו שכתב וז"ל ועוד שהרי דקונן דר בבית ומוחזק

כו ואתא בא לבוליאו מביתו הוא יכול לומר קי"ל כר"ת והרעא היכא דקיימא איקוס עכ"ל הרי דדעת מרן ז"ל דהיכא דאיכא פלוגתא מי שהוא תחת ידו הוא המוחזק לו' קי"ל ולא אמרינן בחמ"ק לומר הוא קי"ל וא"כ נראה דדעת מרן דקאי בסי' רשב"ם וסיעתיה וא"כ אנן שקיבלנו הוראות מרן ז"ל ודבריו בתשו' הם הלכה למעשה כפירוש ועדיף טפי מפסקיו בש"ע וכמ"ש הרב חיים שאל בח"א סי' ע"ר אות י"א הא ודאי אין לזוז מדין זה והלכה ומורין כן דארעא היכא דקיימא תיקום וכ"ש וק"ו דהעי' דרינא אנו מסופקים אי חזקות הלו דינם כקרקע או כמטלטלים וכבר כתב מוהריב"ל בת' הביאו מהרא"ר"כ סי' קנ"ר וז"ל ועוד אני אומר מטעמא אחרינא דהדין עם הקונה והיא טענה ברורה ולית בה ספיקא כלל והוא דבשלמא כשהוא קרקע גמור נוכל לומר העמד קרקע בחזקת יתמי אבל בנ"ד שספק הוא אם אלו החזקות הם קרקע או מטלטל ודבר זה נשאר בספק איך נאמר העמד קרקע בחזקת יתמי כלא דבר זה הוא הספק בעצמו אם הוא קרקע או מטלטלין עכ"ל א"כ הכי הוא והו"ל ס"ס ס' אי דינם קרקע או מטלטל ואת"ל דדינם כקרקע ספק אי הלכתא כרשב"ם וסיעתיה או כר"י וסיעתיה ובכה"ג אליכא דכ"ע אין להוציא ממי שהוא תחת ידו וכ"כ מהרח"ש בח"א סי' כ"ו ומהר"א ששון סי' קט"ו וקמ"ז יע"ש והנס שראיתי למהרח"ש סי' ר"ז שנסתפק היכא דליכא פלוגתא אלא דהדין הוא מסופק אי מדמינן ליה לתרי ותרי או לפלוגתא דרבוותא ולבסוף הכריע קלא דל"ד לפלוגתא אלא לתרי ותרי וא"כ דון מינה בנ"ד דלא מלינן פלוגתא מבוארת בכת כשהיא נשואה בחזקות הלו וא"כ נימא דהוי ספיקא דדינא דהוי כתרי ותרי מ"מ הרי מהריק"ו שו' קי"ח כת' בנ"ד דרמב"ן הסתפק כיון דשמעון מוחזק מספיקא לא מפקינן מניה לס' רשב"ם וכבר מהרי"ק ז"ל בפ"ז משכירות דין ב' הביא דברי מוהריק"ו הנז' וכתב שזה סותר דברי מהרא"ש והרב פמ"א דפשיטא ליה דבספיקא דדינא מודה רשב"ם והביא ראיה ממהרד"ך בית ב' חי"ב יע"ש וא"כ חזר הדין דבספיקא דדינא שויא פלוגתא וארעא היכא דקיימא תיקום ועוד דמלינו למרן ז"ל בסי' ש"ב סי"ט בדין שתי עליות והסביר לו את התחתונה ונפחתה דהוי בעייא דלא איפשיטא אי יורד ודר בבית או עולה לעליה דפסק הרמב"ם בפ"ה דשכירות דאם דר בבית אין מוציאין מידו וכ"כ הטור ס"ס הנז' וכתב ב"י דפשוטהוא וכ"כ בש"ע הרי דבספיקא דדינא לא אמרינן אוקי ארעא בחמ"ק אלא בחזקת מי שהיא תחת ידו:

איברא דמהרימ"ט בתשו' ח"ב בח"מ סי' ל' כתב דחזקות אף אם נידון אותם כמטלטלי מ"מ מטלטלי דלא ניידי נינהו וכל היכא דקיימי ברשותא דמרייהו קיימי שאין הדבר תלוי בקרקע או במטלטלים יע"ש ולדידיה בחזקות דנ"ד נ"כ ליכא כי אם חד ספיקא אי כרשב"ם אי כר"י וסיעתיה מ"מ לדידן לא נ"מ דאפילו נאמר דהוו מקרקעי ממש אין לנו אלא דברי מרן דס"ל דבכל כה"ג היכא דקיימא ארעא תיקום וכ"כ מוהריק"ש בתשו' סי' ו' בחזקת הנהרך דמוקמינן לחזקה ביד מי שהיא תחת ידו ולמד דין זה מק"ו ממ"ש מהריב"ל

כדין

כדין חזקת הבתים . ועי"ש

ואולם ראיתי הנכו' להרב קה"ד בתשו' סי' שכ"כ על שחזקי שאין קרקע במתנת ש"מ לאחד ואחרי פטירתו בא הזוכן והחזיק בקרקע כדין המחזיק בנכסי הגר והשיב דמש"מ כבר הויא פלוגתא דלהרי"ף זוכה המקבל ולהרא"ש והרא"ב"ד אינו זוכה וכיון דספיקא דדינא הוא כה"ג דלא תפיס חד מנייהו יחלוקו ולא שייך בהו דינא דכל דאלים גבר יעו"ש שהאריך והנה שבנ"ד ליכא חד דתפיס ומש"ה בדין שיחלוקו אבל ודאי אי תפיס חד מנייהו נראה דלא מפקינן מניה וכן כתב הרב ש"ך בח"מ סס"י לק"ט אהאי דינא דקה"ד שכתבו מור"ם שם וז"ל מיהו כ"ז לכתחילה אבל אי תפיס חד מנייהו לא מפקינן מניה דאפילו תפס מרשות חבירו לא מפקינן מיניה בפלוגתא דרבוותא עכ"ל. וכבר הרב משנה למלך בפט"ו דטוען דין ה' כתב וז"ל דהש"ך לא אמרה אלא במטלטלין דהא שייך לומר התפ' דמדינא יחלו' אי תפס תפס אבל בקרק' הא מדינא הוא דיחלו' פשיטא דהאי אזל חד והחזיק בקרקע לא פסולא כלום דכל היכא דאיתיה ברשות שניהם איתיה עכ"ל נראה ברור מדבריו דלהש"ך בקרקע אפילו הוי תפיס חד מנייהו מפקינן מיניה ויחלוקו וה"ה בנ"ד דהוי בקרקע כל היכא דאיתיה ברשות שניהם איתיה ודינא הוא שיחלוקו והנם דהוי כמטלטלי מ"מ מטלטלי דלא איירי נינהו ואם ברשות שניהם ויחלוקו הן אמת דמדברי הח"ה בתשובה הנז' נראה דלא כוותיה דהמש"ל שהרי בנ"ד איירי בקרקע ואפילו הכי כתב בתוך התשובה וז"ל אבל היכא דלא תפסי לא זה ולא זה כנ"ד שהבית עומד בחזקת זה כמו זה מורה דחולקים ע"כ נראה ברור דאלו היה תפיס חד מנייהו כנ"ד הגם שהוא קרקע לא מפקינן מיניה אך ברוחק יש ליישב ואיך שיהיה נכרא רבא אמרה רב הנא הוא וס"ל דאפילו בתפוס חד מנייהו במקרקעי חולקין כיון שמתחילה הוא בחזקת שניהם הוי כשנים שקנו שדה בשותפות שודאי אם בא אחד מהם והחזיק בכל השדה שמוציא השני מידו את חלקו וס"ל דוכוותא כיון שמעיקר הדין יחלוקו הרי כל אחד יש לו החצי מה שאין כן במטלטלין דאם תפס תפס .

האמנם מה נעשה דהעיקרא דדינא פירכא דדברי הח"ה הם תמוהים דהא כיון שהחזיק הזוכן בבית חזקה ברורה ומתנת השתוקי לאמו הויא ספיקא דפלוגתא דרבותא הא ודאי דזוכה הזוכן ודמי ממש למאי דאיבעיא לן בפ' חזקת הב"ן בעי ר"ז החזיק באחת מהם לקנות אותה ואת המצר ואת חבירתה מהו בעי ר"א החזיק במצר לקנות שניהם מהו תיקו וכתב הרמב"ם בפ"א הזכיה דין ז' דה"ז ספק ואם בא אחר והחזיק בה כדי לקנות זכה האחרון וכתב הס"מ ונראה שטעמו כזה לפי שחזקת זה האחרון חזקה ברורה וודאית וחזקת הראשון מסופקת וכיון שכן מעמידין אותה בחזקת זה שחזקתו ברורה ולא שייך דין אם תפס בקרקע עכ"ל וכ"כ הרא"ש לשם וז"ל ונראה דפוקיל וסלקו הני בעיי בתיקו אם בא אחר והחזיק בהם קנה כיון דמספקא לן אי קני קמא או לא נשאר הקרקע כמו שהיה ולא מחזקינן ליה ברשות קמא מספק והותו אחר שקנאו בחזקה ברורה מוק'

ליה בידיה עכ"ל וכ"כ הסמ"ע יעו"ש וכבר הושג הרב ת"ה בקו' הנז' מהרב משנה למלך והניח בקושיא ומיהו יכולני לפקור דהרב תה"ד קשיא ליה טעמא דהס"מ שכתב דחזקת השני ברורה וחזקת הראשון מסופקת ומשום הכי קנה שני הלא לפי האמת גם זכית השני הויא בספק כיון שקדמו הראשון בחזקתו וזכה בה מספק וכמו שראיתי למהרי"ט ז"ל בח"א סי' קכ"ו שכתב שיש להשיב על ה"ה בטעם זה דאפשר חזקתו של שני היכא ברורה יעו"ש ומשום הכי ס"ל להתה"ד דיחלוקו כיון שחזקת שניהם אינה ברורה אבן כד דייקינן בה פורתא מגן שווא חדא וכי משום שאנו מדמין בעשה מעשה כי הגם שהדבר קשה בטעמו מ"מ הרי הרמב"ם והרא"ש והנ"י ס"ל דזוכה שני ואיך שתא ה' דיחלוקו ועוד דהיא גופא קו' דמהרי"ט ל"ק כלל דהא ודאי חזקת הראשון הויא בספק מכר עלמא משא"כ בחזקת השני דמכר עלמא ברואה ונכונה ומש"ה זכה שני וכן כתב הרמ"ה בחי' וז"ל ועלת' בתיקו הילכך לא קנה עכ"ל ואם כן הרי השני שהחזיק כדין חזקה ברורה כאלו לא קדמו שום אדם כיון דהראשון לא קנה וא"כ מוד הדין גם כן בנ"ד דהת"ה כיון דהראשון שהיא האם לא זכה מתמת פלוגתא דרבוותא קנה הזוכן שהחזיק קנין גמור וכאשר פסקו הרמב"ם והרא"ש והרי"ף וש"ע בח"מ סי' ער"ה ס"ע יע"ש והנה וליכא מילתא דהכרי הפוסקים הנז' בדין זה כאלו כמעורבבים וסותרים זה את זה וכבר עמדו עליהם רבני האחרונים כי הנה הרא"ש ז"ל בפ"ק דמציע' בבעי' דהבא דורק ארנקי בפתח זה ולא בפתח אחר וכו' הויר שאין סופו לנוח כמונח דמי או לאו וכתב הרא"ש ולא איפשיטא הילכך במתנה אינו יכול לחזור בו הכל כהפקר הוא' ונסתלקו הבעלים הם החזיק בה אחר מוציאין מידו דכ"ש מוחזק מספק תחילה עכ"ל וכ"פ בש"ע בח"מ סי' רמ"ג סכ"ד יע"ש גם מהאיא דפ"ק דמציעא גבי בעיא דמשוך בהמה זו וקני כלים שעליה וכו' דהוי בעי' ולא איפשיטא כתב הרא"ש ופסקו בטח"מ ס"ס ר"כ דבספקא אם אמר אני מושך בהמה זו לקנות' ואת הכלים שעליה כיון דמספקא לן הרי הוא מוחזק מספק ואם תפסה אחר מוקמינן לה בחזקת מריה קמא שהוא מוחזק בה מספק וכו' עכ"ל הרי דהרא"ש ז"ל בשני דינים הללו זיכה לראשון המוחזק מספק נגד השני המחזיק חזקה ברורה וודאית ובדין שתי שדות כתב להפך דהשני זכה וזו היא קושיא גם כן על מרן בש"ע וכבר ראיתי להרב פלפלא חריפתא בפ"ק דמציעא ובפ' חזקת שהקשה כן וכן הקשה בתשובת מהרי"ט סימן קכ"ו ומהר"ש מינץ בסי' ע"ז הביאו הרב תקפו כהן סימן י"ט ועי"ש וכן הקשה הט"ז בסימן רמ"ג יעי"ש והנה הרב המגיה בס' ט"ז והרב מחנה אפרים בס' קנין חצר סי' י"ג תיר' בפשיטות שיש לחלק בין קרקע למטלטלין דבמטלטלין דשייכא בהם תפיסה תפיסת ספק מהני כנגד האחרון מה שאין כן גבי קרקע דלא שייך תפיסה חזקת האחרון עדיפא והר' פל"ח בפ"ק דמציעא נדחק לחלק כן גם מהר"ש מינץ לא ניחא ליה לחלק בהכי והוא ז"ל תירץ דבשתי שדות אין הראשון מוחזק בה אלא שהחזיק במצר

או כאחת מהן לקנות חברתה לכן השני המוחזק בה הוא כמוחזק בה מתחלה וכן תירץ הרב ה"כ שם וע"ש ואיך שיהיה מ"ש הרא"ש במציעא בשני הדינים דחזקת הראשון שהיא בס' מהניא גם לגבי שני ל"ק מידי לנ"ד דהתם ה"ד אי משום שהאם אינה תפוסה ולא מוחזקת כלל כי אם מכח מתנה ש"מ דהויא ספיקא ובס"נ יורה הרא"ש לפי מהר"ם מינץ ומש"כ אי משום דשאני הנהו דמטלטלי נינהו ואית בהו תפיסה משא"כ בנ"ד דה"ה דאיירי בקרקע אכן ההיא דשתי שרות הכתי קשיא דאמאי לא זוכה ראובן השני כיון דחזקתו ברורה דהחזיק בגוף הקרקע ועוד דהוי קרקע ולית לה לאם בה תפיסת יד כלל ולא קנתה ·

ואולם ראיתי בחפשי למופת דורינו הרב שמחת י"ט ז"ל בתשובה סימן כ"א דהדין יחיב לקשו' שהה"ר דשאני ההיא דשתי שרות שם בה חזקת בגוף ההפקר ומש"ה זכיה קמייתא דראשון דהויא בספק לא מפקא מחזקת הפקר דאית בה ומוקמינן לה בחזקתה שהיא הפקר. מה שאין כן בנ"ד דה"ה דלפי מ"ד דמש"מ מהניא בנר מעולם לא נכנסה בכלל הפקר ולא שייך בה חזקת הגוף כלל ואם כן האם וראובן שוים ולהכי יחלוקו עכ"ד מעתה אנן נמי נוכין ונירון בנ"ד למאי דמיא דהא ודאי להנהו דיני דפ"ק דמציעא דאמרינן בהו דזכה הראשון מכח ספק זכיה הא ודאי לא דמייא אי לתירוץ מהר"ם מינץ והא"כ דסבירא להו דקמא קני משום דהחזיק בגוף הדבר וש"ם תפוס בהם ומשום הכי אהנייא ליה ספיקא הכא בנ"ד ליתא דהאם תפוסה ומה שרוצה לזכות הוא מכח ספק ירושה ואי לתירוץ המח"א ומגיה הט"ז והר"ש קתני והרב שמחת יום טוב שנכון בעיניו חילוק זה הכא בנ"ד הוי בקרקע או במטלטלי דלא כיידי דלא שייכא בהו תפיסה וגם דמעיקרא דדינא אין הכא תפיסה בהם ואם כן ודאי דלא דמי נ"ד להאיך דפ"ק דמציעא וגם להאיך דפרק חזקת לא דמייא לפי תירוץ הרב שמחת י"ט דהא מעולם לא נכנסה חזקה זו בכלל הפקר ודאי דהא תכף למיתת האב נכנסה הכא בספק ירושה וזה יוצא וזה נכנס בתכף ואם כן אפילו שבאו האחים אחרי כן והחזיקו מ"מ ספק הכא שבא ראשון מגרע קא גרע לזכות האחים ושניהם שוים בספיקא ומשום הכי אית לן למימר דיחלוקו. ובנ"ד דהרב תרומת הדשן ז"ל · והנה הומר דבתרי דיני הללו דפ"ק דמציעא לא הוכל להתעלם מאי דקשיא לי על פסקי דמרן ז"ל דהנה בסי' ר"כ סי"נ שאם תחילה דמשוך בהמה זו לקנותה והא כלים שעליה דל"ק והא"כ כתב דיש מי שאומר דבמציאה אם אומר אני מושך וכו' קנאם ע"כ ולפי הכלל המסור בידינו דהלכה בסתם ויש אחר לפי זה קשה על מרן דהאיך בההיא דמשוך פסק דלא כהרא"ש ובסי' רמ"ג פסק כהרא"ש בפשיטות בדין הארנקי ותרוויהו מטלטלי נינהו והראשון מוחזק בהם ואין ביניהם שום חילוק אשר ע"כ נלע"ד דהעיקר כמו שכתבו הרב כ"ד והמנחת יעקב ז"ל שדעת מרן דלא כסברא קמייתא הנה דבסב' קמייתא לא הזכיר תירין התליה ודלא כמו שרצוני להרב לחם שלמה ה' ק"ם דג"ן ע"ד שהכריע להפך והביא כן משם השו"ג יע"ש כיס הכי לא ידעתי טעמו דמרן ז"ל

שפסק כהרא"ש בדינים אלו דנראה לכאורה דהרא"ש יחידאה הוי לגבי הנ"י והר"ן והרי"ף שכתב הנ"י שכן דעתו דכל שקודם זכה והביא דברי הנ"י בבית יוסף ס"ס רמ"ג וכן ראיתי להריטב"א ז"ל שכתב בפירוש דאין בעה"ב זוכה מאויר חצירו אלא כל הקודם זכה יעו"ש בסוף חידושי מציעא הנדפסים בשו"ת מהר"ם גאלאנטי ואיך מרן תפס כהרא"ש להוציא מיד המוחזק ובעת לע"ע הנם שלום שכל שגדול הרב חה"ר מהנהו דיני דהרא"ש מכל מקום לא נילונו מריב לפינות מה שהקשה הרב מש"ל על דברי הה"ה מההיא שכתב הרמב"ם בפ"ד מהלכות ערכין בדין האשה שהקדישה יע"ש וכן הקשה הרב דברי אמת בתשובה סימן יו"ד דל"ח ע"כ יע"ש והנכון בעניין נראה לי לומר וליישב דברי הה"ה בשדקדק עוד על דברי הרמב"ם בה' ערכין דאכתי לא ידענו הדין בזה דקרקע היא תחת יד הבעל כולד הדין הנה כי כן לע"ד נראה דבכה"ג לעולם לא מפקינן מיד הבעל כיון שהדין הוא בספק אי זכו הכהנים או האשה אם כן הבעל שהוא מוחזק בקרקע ולית בה חזקת מארים קמא אין בה כיד שום אחד מהם להוציא מידה דכל חד וחד מנייהו הוי אתי לאפוקי מידה דבעל אית ליה למימר לים הבא ראיה שאתה הוא הזוכה בקרקע וטול והרי זה דומה לשני יוסף בן שמעון שיש לאחד מהם שט"ח על אחר שאם אין השטר יוצא מתחת יד התובע אין אחד מהם יכול לתבוע ללום דזיל הבא ראיה מדחי ליה וזיל הבא קא מדחי ליה וכ"פ הש"ע בח"מ סי' מ"ט ס"ז עי"ש וכהנה גם מההיא דפסק הטור והש"ע בח"מ סימן רע"ז סי"א במי שנסתפק לנו אם הוא בכור כגון שנתערב באחר אין נוטלין חלק בכור עי"ש וטעמא דכיון דספיקא הוא זיל הבא ראיה מידחי ליה והו' לו הבא ראיה שאתה הבכור וטול ודומה לענין זה ממש כתב הרב עדות ביעקב בת' סי' ל"ב בפלונית דבוותה אי הירושה חוזרת ליורשי האשה או לנוסחי הנדוניית שפסק הרב דשניהם אינם יכולים להוציא מיד הבעל דכל חד וחד מנייהו מידחי ליה הבעל דמי יאמר דהנדונייא חוזרת לך יע"ש וה"נ בנ"ד דבוותה אם הקרקע עדין ביד הבעל כיון שהוא בספק מי הוא הזוכה היכא דקיימא תיקום אבל אם קדמו או האשה או הכהנים ותפסו מיד הבעל אין אחד מוציא מיד חבירו והנה שהר' עדות ביעקב בנ"ד כתב דאפי' אחד מן הנדרים מוחזק בנכסים לא מהני חזקתיה לגבי בעל דכל היכא דאותיה ברשותיה דבעל אוקים יע"ש ובנ"ד אמרינן דמי שקדם ותפס זכה התם ה"ט דעיקרא דמילתא דבעל הוא שהוא היורש העיקר והם באים מכח התקנה משום הכי דן הרב כן משא"כ בנ"ד דאין לבעל תפיסת יד מדינא ולכן כ"ז שהקרקע תחת ידו אין אחד מהם יכול להוציא מידו וכהאית דשני יכ"ם דמת'נ הוא חייב לאחד מהם ואפילו הכי אין מוציאין מידו ומשום הכי כתב הרמב"ם תחילה הדין בסתם דהרי זה ספק וסמך על הדין הידוע במקום אחר דבכה"ג אין מוציאין מידו ואם קדם ותפס אחד מהם זכה ובכי האי גוונא ליכא למימר מ"ש הרב מש"ל דאי אזל חד והחזיק כל היכא דאותיה ברשות שניהם אוקמיה כיון דמעיקרא בשעת הקדש הקרקע ביד הבעל אינו כמוחזק שום אחד

מהם

מהם דיכול הבעל לעכבה בידו וכדכתיבנא מעת' בכ"ד דהא"ה דקרקע של השתוקי כדקיימא קיימא וכאלו קאם ורחובן לדין עליה ואין שום אדם תפוס בה לומר שהוא זוכה ויכול לדחות לכל אחד מהם ומש"ה הרי היא בחזקת שניהם ויחלוקו ולהכי אפי' אם קדם אחד מהם ותפס דעת המש"ל לו' שכיון שהיא בחזקת שניהם כל היכא דאיתא בחזקת שניהם איתא ויחלוקו זה נראה לי ליישב ד' הא"ה ולהעמיד דינו הגם שבאמת היה לו להרב להביא דברי הרמב"ם ולחלק ולפי זה שכתבתי ולא לנו דין חדש בכ"ד דהא"ה דאם היה בא איש אחר אחרי זכית ראובן והחזיק בקרקע ותפסה קודם בואם לדין אין האם ולא ראובן יכולים להוציא מידו. דז"ל הכא קא מרמי ליה וז"ל הכא קא מדמי לה אכן אחר שנפסק הדין שיחלוקו הדי הוא בחזקת שניהם וצריך להתיישב בדבר והנה בהיותי עסוק בענין זה האיר ה' את עיני ותמוקי ראיתי אור למופת הדור הרב חקרי לב בחי"ד ה' נדרים בתשו' סי' נ"ן בדרך הגב בדקי"ז וקי"ת שהאריך הרחיב בדברי הרא"ש ותש"ה הנז' והביא ד"ק של הרב מש"ל וכו' דמה שהק' מדברי הרמב"ם שבפ' ערכין ל"ק דאין הכי נמי דמעיקר הדין כשהיא ביד הבעל יחלקו וקאי דלא השמיענו הרמב"ם דין זה משו' דמסקת' בשורדים לדין חד מנייהו תפוס ועומד כיון שיודעים שהדבר ספק והם ימתין עד בואו לב"ד יפסיד ולזה כל אחד מתגשא להיות קודם ותופס ובמה שכתב הרב בש"ל דבקרקע אי דינא הוא דיחלוקו אי אזיל חד ותפיס לא הויא תפיסה כיון שהיא בחזקת שניהם חלק עליו הרב הנז' וס"ל שגם בקרקע היכא דליכא מ"ק מהני תפיסה יעו"ש ולדידי' בכ"ד דהא"ד אלו היה ראובן תפוס בקרקע לא מפקינן מיניה ולא דיינינן ביה דין חלוקה ואני או' דהגם שכתבתי למעלה דפשטיה דלישנא דהא"ד נראה דלא כוותיה דהמש"ל מ"מ הנכי בעניי אחרי המחו' כראוי מהרב הנז' נ"ל דכל הראיות שהביא המק"ל אינם כדאי לדחות דינו של הרב מש"ל דמה שהביא מההיא דפ"ק דכתובות ד"ך בנכסי דבר שטייא דאמרינן ואי לית ליה חזקה דהשתא אמרי' כשהוא שוטה וכון והכין ומוקמינן לה בידיה דלוקח הא לא מכרעא כלל לדינו של המש"ל דהא עיקר דינו של הרב שוא ברוקא היכא דהדין הוא שיחלוקו אפילו תפס הדי הוא בחזקת שניהם ולא מהני תפיסה לחד מנייהו אבל הס"כ דמודה המש"ל דבכי האי גוונא בנכסי דבר שטיא דליח ביה דין חלוקה כלל הא ודאי היכא דליכא ביה חמ"ק מהני ביה תפיסה ומעתה גם מה שהביא מדברי הרמב"ם פרק ט"ו דטוען דין ד' דזה אומר של אבותי והביא עדים וזה אומר של אבותי והביא עדים דאמרינן בר"נ וכן הביא דהחזיק בדרך אין מסלקין אותו ממנה נ"מ דגם בההיא מעולם לא בהו לדין חלוק' ולהכי מהני בהו תפיסה אבל במקום שעיקר הדין שיחלוקו לעולם הרי היא בחזקת שניהם שותפים ותפיסה לא מהני ויחלוקו אמנם אנן קא חזינן תיוה"ע עליה דהרב מש"ל איך סתם הדברים בפלוגתא דרבוותא קמאי דקמאי ובפרט שרוב דעת הראשונים להפך כי הנה הרמב"ם ז"ל בפ' קמא דמלוה דין ה' כתב וז"ל מי שיש עליו חובות הרבה כל שקדם

תופו גובה תחילה וכו' אבל הקרקעות שקנה אחר שלוה מבע"ח הרבה אין בהם דין קדימה אלא כולן שוים וכל שקדם וגבה זכה ע"כ והנה בקרקעו' שקנה אחר שלוה ולוה דינא הוא דיחלוקו וכמ"ש שם בדין ד' ואפ"ה כל שקדם וגבה זכה גם שם בדין ג' גבי שטרות שזמן כולם ביום אחד כל שקדם מן הב"ח וגבה בין קרקע בין מטלטלין זכה עי"ש וגם אלו דינם דיחלוקו כמ"ש בדין ד' באו כולם ביחד לגבות חולקין וכתב הה"מ בדין ה' זה אינו מבואר בגמ' אבל נראה הוא בטעמו וכו' אבל בשוין שמשעבודן שוה ד"ה מה שגבה גבה וכ"ן מדברי ההלכות שבפ' הכותב גבי לבע"ח יתומין וכו' וכן הסכים הרשב"א ז"ל לדברי רבו' ומהטעם שכתבתי עכ"ל גם בטור חה"מ סי' ק"ד הביא דב' הרמב"ם וכתב בב"י שכתב הרא"ש בפ' הכותב בשם הרמב"ן דבשניהם שוים לכ"ע אם תפס אחד מהם הכל אין מוציאין מידו וכן משמע מדברי רב אלפס וכו' וכתב ר"ו שכ"כ הרמ"ה עי"ש וכן מבואר בחי' הרמ"ה הנדפס הנקרא יד רמה עי"ש וכתב הב"י דהכי נקטינן וכ"פ בש"ע שם הרי בפי' שדעת הרי"ף והרמב"ם והה"מ והרמב"ן והרשב"א והרמ"ה ור"ו ומרן דהיכא שהדין הוא שיחלוקו אם קדם האחד ותפס זכה והוי תפיסה ולא נשאר מהפו' דס"ל כדעת המש"ל זולתי רבינו יונה דס"ל דאם תפס שלא ע"י ב"ד לא מהני וכתב עליו הרא"ש ונראים דבריו במקרקעי גם המק"י בסוף פרק מי שמת כתב וז"ל ולוה ולוה ואח"כ קנה דאמרינן יחלוקו אם קדם ותפס אפילו הראשון טפי מפלגא מפקינן מיניה דמדינא חולקין כן דעת הר"ם והריטב"א ז"ל בשם האחרונים עכ"ל ומה שהביא ר"ו ראיה לדבריהם ממ"ש בע"ח נוטל את השבח וכו' ועי"ש המעיין בחי' הרמ"ה הנז' ויראה מה שהאי' ויישב ההיא דשבח יע"ש גם הראיה שהביא המק"ל ממ"ש שתו' בשם רשב"ם דבפלוגתא דרבוותא מהני תפיסה היא ראיה נכונה ותמיהה אני תמיה על המש"ל איך פסקיה לדיניה בשכיחא חריפא הפך שטת הראשוני' שזכרתי ולא העלה על דל שפתיו לשטת הפוסקים המדברים בזה ול"ע הגם שבאמת דעת הש"ך כדעת המש"ל וכמ"ש בסימן ק"ד ס"ק י"ד שדינו של הני' אמת וכל הפו' אפי' אותם החולקים על הר"י מודים בזה דלשון מה שגבה גבה משמע או על ידי ב"ד או שהגבהו הלוה עצמו אבל בשתפס מעצמו לא וכו' ותדע דאל"כ היאך יתרצו הפוסקים ההיא דבע"ח גובה חלי השבח וכו' יע"ש אני או' דאחרי נשיקת עפרות רגליו אב"כ מלישנא דהרמב"ן שכתב ב"י וז"ל לוה ולוה ואחר כך קנה דאמרינן חולקים אם קדם אחד מהם ותפס הכל אין מוציאין מידו וכו' וכן מלישניה דהרא"ש בש"מ פרק הכותב דפ"ד שכתב וז"ל והרי"ף כתב וכו' דקי"ל יחלוקו וכיון שכן אלו קדם אחד מהם ותפס אין מוציאין וכו' יע"ש והא ודאי לישנא דתפס שכתבו ז"ל משמע אפילו תפס מעצמו ומ"ש הרב ש"ך ותדע מן הקושיא דבע"ח גובה חלי השבח יע"ש כבר הרא"ה שם והרמ"ה בחידושיו ישבו זה יע"ש ואיך שיהיה לגבי דידן דעת מרן בב"י ובש"ע סי' ק"ד דאפי' תפס מעצמו במקרקעי מהנייא תפיסה אפי' היכא שמן הדין חולקין וכבר כתבתי למעלה דדעת מרן בתשו'

דכפלוגתא דרבוותא מהני תפיסה למ"ד קי"ל האמנה דברי הה"מ ז"ל לע"ד קשה דהש"ך דמלוה כתב על דברי הרמב"ם דנראה הוא כטעמו דכל שמשעבודן שום מה שנכה גבה ומשמע דאיכא דין תפיסה בקרקע וכפ"א דוכיה דין ז' גבי שתי שדות כתב ולא שייך דין אם תפס בקרקע ומשמע ודאי דלא מהני תפיסה בקרקע הפך מ"ש בה' מלוה ולויכים הנו לומר דדעת ה"ה דמ"ש הרמב"ם ואם קדם האחד וגבה היינו או שהגבוהו הב"ד על ידי שלא ידעו שום ב"ח אחר או שהגבהו הלוה מעצמו אבל אם תפס לא מהני וכדעת הש"ך וע' בת' מהרשד"ס ח"מ סי' קמ"ה ׃

ומעתה אלכה לי ואשובה לנ"ד למען דעת האם זכית האחים למ"ד שאין שבת יורשת בחזקות הללו אי הוית כזוכה מן ההפקר או נימא דהוו כיורשים במקו' דליכא בת וכ"מ בעלמ' היכא שקדם אחד וזכה וגם לע"ד דנ"מ בנ"ד כענין תפיסתם וכמו שנבאר בס"ד ואומר דהא ודאי במקום דליכא בן ובת הא ודאי לכ"ע יורשי' שאר היורשי' ונחל' ממשמשת ועולה וכמו שמבו' כפי' בתשו' מהרמב"ח ז"ל שאכן או שאר יורשים שוים לירש וזכות זה אכן מה שאני מסופק אי איכא בן או בת שאינו ראוי למלא מקומו שאינו ראוי לשירות בנ"ד מי הויא הפקר או יורשים שאר היורשים וכיוצא בדבר זה ראיתי להרב חק"ל בא"ח סי' כ"א דח"ל ע"ג בענין השירות שכתב וז"ל הך נרוכין אנו למודעי אם הבן אינו ממלא מקום אבותיו אי כל כי האי גוונא והיה השררה חוזר חלילה אבל האחר הראוי ליורשו אם לא קיים זה שאינו ממ"א וכמאן דליתיה דמי ויש לנו לתת השררה למי שראוי ליורשו או דילמא כל שזה אינו ראוי פקע מנייהו ירושה וכו' יע"ש והנה שם כהט"ל כתב והנה אמת יקנם חכי דהי מסכתא בכ"ב כירושת הממון שהקודם בנחלה אינו ראוי לירש על שום מה שהדין נותן שהבא אחריו לירושה יורש נכסי המת דהי לאו מהן יאכל נכסי המת חילק וכילק יאכלוהו וזה כרור וכו' ושוב מצאתי ראיה לזה מת"ש המרדכי וכו' ולפי דבריהם לא מסכתא לה גבי ירושת הממון כהדייא דאם הקודם בנחלה אינו ראוי הבאים אחריו הם יורשים נכסי המורים וכו' עיי"ש והנה שהרב הנז' בסימן כ"ד חזר ונסתפק בזה מכח תשו' מהר"ם שהבאתי' ממנה הרב ז"ל דס"ל דבכה"ג פקעה הירושה לגמרי ואינה חוזרת אחר הראוי לירש אחר זה והאריך בזה ולבסוף הניח הדבר בספק הנה שמלה הסברא הכריע הרב ז"ל דלא פקעה הירושה מ"מ הרואה יראה שלא נסתפק אלא בענין שירות אבל לגבי ירושת ממון בנ"ד פשיטא ליה ׃

והישתא דאתינא להכי דהבת דנ"ד כלא מבת ירושה והאחים גם כן כאים מבת ירושה וכל אחד מהם הוא אומר שהוא היורש נראה דבכי האי גוונא אין תפיסתם תפיסה וכמו שמצינו להרי"ו במשרים נכ"ו סח"ב שכתב וז"ל היכא דהללו באין לירש והללו באין לירש וכל מקום ספק ירושה אפי' אחד מן היורשים מוחזק אין מועיל לו חזקה שנאמר באחד המע"ה כי הנכסים הם בחזקת המת וכו' עכ"ל והדברים הללו הם מהרא"ש בפ' החולץ דל"ח בההיא דספק ויבם יע"ש וכן פסק מרן בש"ע אה"ע סי' קמ"ג ס"ג יע"ש והן אמת שראיתי בת' מהרד"ך בית כ"ח כיוצא בנ"ד שמשם תו' וולאה בנ"ד דהבת הויא ספק והאחים ודאי ואין ס' מוציא מידי ודאי והוא כמה שנשאל הרב שם בכתובה שכתוב בה שאם תפטר האשה מבלתי זש"ק שתחזור חצי הנדוניא ליורשיה ומתה האשה בלתי זש"ק ואתי האשה הוא מומר וכעת באחת אחות האשה לירש השבון והבעל משיב דהאח הוא היורש וכשובא נתחכם לו ואפסיינו והרב ז"ל בתשו' הרמתה תחיל' עמד בחקירה אם יש לזכות לבעל מחמת ל' השטר והאריך בזה ולסוף כתב דאם הלשון שבשטר עשוי כהוגן יש מקום לשאלה ואחר זה פלוגתא דרבוותא אם המומר יורש אם לאו וכתב דרובא דרבוותא ס"ל דהמומר אינו יורש ובקדר ג' כתב ולרווחא דמלתא אני אומר שאפילו אם היה הדבר שקול אם המשומד יורש אם לא שלא היה כדינו להכריע כמאן הלכה מ"מ כיון שאחותה ודאי היא יורשת שלא במקום אח אע"ג דהכא יש אח ובמקום אח אינה יורשת הני מילי היכא דהאח ודאי יורש כגון דאינו משומד דודאי מסלק ודאי אבל המשומד שהוא אחיה הוי ספק יורש כיון דפלוגתא דרבוותא היא לא אתי המשומד שהוא ספק יורש לסלק שנקלם מחזקת אחותה שהיא ודאי ועל המומר לספוא דתי' שהוא יורש והמע"ה ואחותה שהיא ודאי יורשת ולא המשומד שהוא ספק וכו' יע"ש ומהרשד"ס בח"מ סי' פט"ו בכנון כ"ד דמהרד"ך באח מומר ואחות יהודית זיכה לאחות היהודית כוותיה דמהרד"ך ומטעמיה וכתב שבדאי הוא מהרד"ך לעשות מעשה על פיו יע"ש ותעתם דון מינה ואוקי באתרין כיון שהבת היא בנחלה הויא ספק בפלוגתא דרבוותא כיון שאינה ראויה לירש והאחים הם יורשים בודאי שלא במקום בת אע"ג דהשתא איכא בת מ"מ הבת היא בספק והו"ל הבת והאחים ספק וודאי ואין ספק מוציא מידי ודאי וכמו שפסקו מהרד"ך ומהרשד"ס בנ"ד האמנם אנכי עפר ואפר אתוי נסיקת עפיות רגליהם לא זכיתי להבין בדבריהם דהא ודאי פשיטא בנ"ד דהו"ל ספק וס' כיון שאחות היהודית למ"ד דהמומר יורש אינה יורשת כלום אם כן איפוי נמי הויא בספק פלוגתא דרבוותא וחזר הדין דהללו באין לירש והללו באין לירש דחולקין ביניהם וכמו שכתב מהרימ"ט על דברי ה"ה גבי בדין שתי שדות שחזקת האחרון היא חזקה ברורה וחזקת הראשון מסופקת מעמידין אותם בחזקת זה האחרון והשיב מהרימ"ט על טעם זה שחזקת הא' גורם לנו ספק בחזקת האחרון שא"ל עלתה לו חזקה אין חזקתו של שני כלום אם כן אף חזקתו של שני אינה ברורה יע"ש וה"נ דוכוותה והנה שכתבנו לעיל כשוב דברי הה"ת שכוונתו לומר דחזקת הראשון מלבד עצמה אינה ברורה דסלקא' פחיקו אבל חזקת השני מלבד עצמה הוא חזקה בדין וכיון דחזקת הראשון חזקת ס' בספק ל"ק השני שהחזיק חזקה מעליא קנה מ"מ בכי האי גוונא דנ"ד שלא יש שום חזקה לאחות כי אם לפי מאן דס"ל דהמומר אינו יורש ולמ"ד דיורש אין לאחות כלום הו"ל ספק וס' וחולקין ועוד לא ידעתי טעם למה לא נכנס מהרד"ך לזכות את הבעל מטע' דבתיבנא לעיל הגם דבאמת ליסנא דשטרא ליסנא

מעליה

מעליא הוא מ"מ יכול הוא הבעל לראות שיהא דלכל אחד יאמר לו שכת ראיה. שאתה הוא היורש כיון דתרווייהו הוו כספק פלוגתא דרבוותא ולא עוד אלא שכבר כתבתי לעיל משמיה דהרב עדות ביעקב סי' ל"ב שאפילו כבר הוציאו שכ"ד מיד הבעל או שאחד מהשני לדריש מוחזק אפ"ה יחזרו הנכסים ליד הבעל דהשי כמוחזק וכ"ש היכי שעדיין הוא מוחזק וכאים לדון שאין מוציאין מידו והנה שלע"ד אפשר לקיים דינו של הרב ז"ל היכא דאיכא עליה דבעל שבועה להחזיר ההשבון דבכה"ג לע"ד י"ל דהוה ליה ס' שבועה להחמיר מ"מ אכתי אין הדברים ברורים די"ל מינב אין כאן שבועה אין כאן ועיין בתשו' תורת חסד סי' ל"ג ובת' עדות ביעקב סי' ל' ומ"מ כ"ר דהרד"ך ליה ביה שבועה כמבואר בשאלה ועוד דאקי עליה בתשו' כטעם קי"ל וסיכה דאיכא שבועה ליכא למימר קי"ל והנס שגם זה אינו ברור כ"כ ואין כאן מקום הדברים מ"מ לדברי מהרד"ך ומהרשד"ם שתפסו כמושלם בנ"ד דהוי ס' וודאי לא יכולתי לכוונם וצ"ע ואיך שיהיה אנן קא חזינן דהרי נכסי דרבי דון דינא בנ"ד דהוי ספק וודאי וכיוצא בדבר זה ראיתי להרב פרח מטה אהרן בח"א סי' קי"ד על ראובן שקידש אלמנה כו' ברכות ולא נתיחד עמה ומתחה שהיא חולה ומתה מתמת אותו חולי והבעל תפוס בנכסי' ובאו יורשיה לכוציא מידו ופסק הרב דבתופסם דלא מהני לכיון שהוא כעיא דסלקא בתיקו ומ"מ קליא כפלוגתא דאיכא מאן דס"ל דרוקא לענין תוס' ושיא דעת הרא"ש אך להרמב"ם הבעיא גם לענין ליורשם וליטמא לה וכתב שם הרב די"ל על הר"מ אמאי לא כתב דאי תפס לא מפקינן מיני' כדרכו בכל המקומות ותי' בתירוץ שני וז"ל עי"ל דהכא איכא טעמא רבה לומר דאין מוציאין מיד יורשי האשה לזכות לבעל ואפילו אם הבעל מוחזק בנכסים אין חזקתו חזקה והו"ל תקיפא בעלמא ומוציאין מהבעל ונותנין ליורשי האשה וטעמא משום דיורשי האשה הם יורשים ודאים בלי שום פקפוק והבעל אי הוי יורש או לא הוי מספק וכיון דירושת יורשי האשה הוי ירושה ודאית וירושת הבעל הוי ס' אין ספק מוציא מידי ודאי וכענין זה לא מהני תפיסה והרי זה דומה וכו' וכתב הריב"ש בסי' ק"ם דאפי' אם הבא לזכות מכח ספק הוא מוחזק ותפוס בנכסים לא מהני מידי הואיל תפיסה דלא הוויא אלא תקיפא בעלמא במה שאינו שלו יעו"ש א"כ בנ"ד וכו' אף על פי שהבעל מוחזק בנכסים לא מהני וכו' כיון דלדברי הרי"ף והרמב"ם ומקצת הגאונים סברי דל"ק הבעל א"ע"ג דהרא"ש והר"ן לא סברי הכי אלא דבעיין הוי לענין תוספת אבל לשאר מילי קנה כמלא הוי פלוגתא דרבוותא והרי הבעל בא לזכות מכח הספק ויורש האשה בא לזכות מכח ירושה. ודאית אין ספק מוציא מידי ודאי וכו' עכ"ל הרי ברור דדעת הרב כדעת מהרד"ך דהיכא דזכית הראשון הויא כפלוגתא הוי ספק וזכית השני הוי ודאי ולא ידעתי למה לא הביא הפמ"א ראיה לדינו מדברי מהרד"ך ומהרשד"ם שכתבתי וגם כי לע"ד שגם עליה דרב פמ"א ועכור כוס התימה שתמהתי על דברי מהרד"ך ומהרשד"ם דהא גם יורשי האשה הוו כספק כיון דלדברי הרא"ש והר"ן דהבעל זוכה בירושה ואינם זוכים אם כלום במקום הבעל הויא להו ספק וספק מ"מ שבקינהו לרבנן דרחקי ומוקי אנפשייהו וגם ראיתי למוהרא"ב בתשו' סי' ר"ך ולהרב בני משה סי' ח"ן שעשו עיקר מתשו' מהרד"ך הנז' וקרו ליה להאח ספק ולאחות ודאי הנס כי מהרא"ב הקשה על דאייתו מ"מ לדינא סבר כוותיה עלא כידינו דמהרד"ך ומהרשד"ם ומהרא"ב והפמ"א וסבני משה כלם כאחד קרו לנוגא דנ"ד ספק וודאי מעתה אל החיוב עלינו ליישב דעת הראשונים כמאי דקשיא לן עלייהו ואומר דדעת הפו' הנז' לומר דזכית האח המומר כי כתי ליתא לאחות הכתי הוויא כספק מחמת פלוגתא אם המומר יורש אם לאו אבל זכית האחות כי ליתיה לאח המומר איהי זוכה בודאי ומש"ה דנו שהזכיה זכית האח כנגד האחות כספק לנבי ודאי והש"ב בנ"ד דהרב פמ"א דדמי ממש לנ"ד דהזכיה הנז' כי זכית הבעל בנכסים של האשה החולה כי ליתנהו להנהו יורשים הכתי זכייתו כספק מחמת פלוגתא דרבוותא אבל איכתו כי ליתיה לבעל הם זוכים בודאי וכזאת אתה מוצא להרב תק"ל כי"ר סי' נ"ן דקי"ז ע"א שיישב דברי הה"מ מקו' מהרימ"ט שהכרנו ותי' בתי' שני כמ"ש וזאת שבחפשי בספרן של גדיקים הנה ראיתי להרב עדות ביעקב סי' כ"ט שהביא תשו' הפמ"א וחלק עליו בטעם זה וס"ל דהוו ספק וספק גם הרב בעל דבר משה בח"מ סי' ק"ו דקי"ז השיג על הפמ"א ושוב שביא דברי העכ"י שהשיגו כזה יע"ש גם הש"ר להרב בקונת עולם בתשו' סי' מ"ח דכ"ן ע"ד השיג על הפמ"א וכתב עליו וז"ל דמאי דקרי ליה ספק וודאי הוא תמוה דאתמטיקיה דהרש"ך ח"ב ס"ס קנ"ו הכריע דבכה"ג לא מקרי ספק וודאי גם מתוך ד' מהריב"ל מוכח דלא כוותיה וכו' עי"ש ולא זכר הר' דמהרשד"ם ומהרא"ב אלו בתשו' מהרד"ך ופמ"א והפ"מ שו"ר שגם בסי' מ"ט הביא דברי מהרא"ב יע"ש גם בס"ס מ"ט הביא לנו הרב דברי מהריק"ש ז"ל בערך לחם בא"ע ריש סי' ע"ז דסבר כמהרד"ך יע"ש והביא סוגיא דקידושין דמ"ח ע"כ בנתקדשה לדעת אביה והלך אביה למ"ה ושיא עמדה ונשאת שאמרו שם ומודה רב שאם מתה אינו יורשה אוקי ממונא בחזקת מאריה ופרש"י דכיון דמספקא לן אם נתקבלה כתופסה אם לאו אוקימנא ממונא בחזקת מאריה וכתבו התו' שאפי' בוא מוחזק מפקינן מיניה דתפיסתו שלא כדין היתה יע"ש וכתב הרב שם דמכאן ראיה לדינו של הפמ"א ולפי מי' שם היכא דנכנס לירש מכח ספק או פלוגתא או אמרינן דשאר היורשים ודאי וה ספק ואין ס' מוציא מידי ודאי אבל כשהיורש ודאי והנו באים להוציאו מכח ס' כגון ההיא דנפל הבית עליו וכו' שכבר היה יורש והנו באים להפקיעו שמא מת תחילה וכיוצא אין הדין כן אלא שהוא נקרא ודאי לדעת הרב וא"ת השתא דנוכח מסוגיין דהיכא דזכית הבעל ספק אי יורש אמרינן דשאר יורשים הוו ודאים ואין ספק מוציא מידי ודאי וכודאי דדיכא הכי הוא אפי' בשמת האב ושאר היורשים באים לירש אפ"ה הוו ספק וודאי וכ"כ בפי' הרב פני יהושע בשי' א"כ איך כתב הרא"ש בההיא דמשוך ובההיא דארנקי שהבאנו לעיל דזכיית הראשון דהוויא בספק הוויא זכות

כנגד הזוכים האחרון בזכיה מעלייתא הנה שאחם מטלטלין והראשון ג"כ המחזיק בגוף הנכסים מאי מהני שהרי משועבדין מוכח כיון דזכית הבעל הויא ספק יורשים שאר היורשים והאם נמי נימא הכי זכית הראשון ספק וזכית השני ודאי ואין ספק מוציא מידי ודאי וכ"ש לפי מ"ש שתו' דגם אם הבעל מוחזק מוציאין מידו וי"ל דשאני בההיא דהרא"ש דזכית הראשון קדמה בזמן לזכית השני אף דהויא בספק מ"מ בכר שזה לו בה לר זכיה וא"כ קנה שמי שבא. האחרון המחזיק בזכיה כפי הדין מ"מ כיון שהראשון קדם הוא הזוכה ולא אמרינן בכה"ג אין ספק מוציא מידי ודאי אבל היכא שנכנסו שניהם יחד וזה בספק וזה בודאי דהיינו שבשעה שנשאת שלא לדעת אביה ונכנס הבעל בש' ירושה וגם היורשים נכנסו עמו ומעולם לא יצא הממון מחזקת האב ויורשיו ומש"ה אמרינן בזה אין ספק מוציא מידי ודאי כנ"ל והאיך שיהיה הנה נתבאר מתוך סוגיא זו דמאי דקרינן ליה ודאי הנה דספיקא דאית לן מגרע כחו כמו הכא דשמא מיתה ליה לאב ואין ליורשים כלום אלא הכל לבעל מ"מ ודאי מקרי משום דדל מהכא ספק זכית הבעל הם הם היורשים בודאי משא"כ בבעל דכי מדלת להו מ"מ זכייתו בספק היתה והשתא כל דברי הראשונים עלו כהוגן בכה"ג כגון המומר דהנו באים לזכותו בדין ירושה או כבעל שבא לזכות וכמ"ש הרב כ"ע:

ובפי כל התמוה אך יצא יצא הדין בכה"ג דהכא בזכייתם עצמה קיים בה ספיקא מידי דהוי הבעל לדינא דש"ס והיורשים שהם האחים אין בהם שום ספק מצד זכיות עצמם כי אם מחמת ספק הבת כמו שאר היורשים בדינא דש"ס המצד עצמם ליכא ספיקא כי אם מצד ספק ירושת הבעל שמא נתקדשה האב והרי הוא יורש וכמו דהתם זכו היורשים ה"ה הכא נמי זכו ומכ"ש שהם תפוסים ועומדים דהא ודאי זוכים וכי תאמר כלפכך דאכתי אין דהיה לנ"ד מדינא דש"ס דמה שזכו בש"ס ליורשי האב היינו מטעמא דאמור שם דאוקי ממונא בחזקת מ"ק דהיינו יורשין האב אבל בנ"ד דליכא חמ"ק דנכסי בחזקת המת הם והללו באים לירש והללו באים לירש והא דמיא ממש למ"ש בפרק החולץ דף ל"ח ופסקוה כל הפוסקים שבא ויבם בנכסי ספק או שבא וספק בנכסי יבם הוי ממון המוטל בספק וחולקים ופרש"י דדלמא כולהו דהאי הו כלהו דהאי ואין לומר האב ודאי מוחזק דהא זה בנו אין כאן לאב כלום ע"כ ובודאי התם היינו טעמא דאין כאן חזקת מהרי קמא לזה יותר מזה וה"נ בנ"ד דכותה אני השוכך דלא ולמד מדברי מהרד"ך וסיעתיה דנ"ד הוי כעובדא דנ"ד דהאח והאחות ליתא לן למימר בהך מנייהו חמ"ק דנימא מש"ה זוכה האחות ואפי' הכי זכו הפוסקים לאחות וקרו לה ודאי ש"מ דלא שנא וכי קימא הך נופא קשיא סוגיא זו דשבא ויבם וכו' עלייהו דמהרד"ך ודעימיה דהא לא עדיפא האחות דנ"ד משבא וכבר ראיתי לשבב כהוגת עולם בסי' מ"ח ומ"ט שנתעלם בקו' זו שכתב וז"ל אבל בדין המשומד לא קשה לדק דעכ"פ לא עדיפא האחות במקום בן כדלא עדיף השבא במקום בן ומ"ט שבא וס' בנכסי יבם חולקים ול"ע עכ"ל:

האמנם כשאני לעצמי נ"ל ליישב קושיא זו עפ"י מ"ש לעיל דבנדון מהרד"ך ודעימיה אי מדלת לה לאחות המומר אין המומר ודאי בירושה זו דקאי בפלוגתא ולעולם הוא ספק בנחלה זו משא"כ האחות דכי ליתיה לאח כלל אין כאן שום ספק בירושתה שודאי היא יורשת ומי מעכב ומש"ה קרו לה הרב ס' ודאי אבל בההיא דשבא וספק בנכסי יבם אי מדלת ליה לשבא הרי הספק יורש את היבם כמש"כ אם אביו הוא יורשו ואם דודו הוא הרי אין לו בנים והוא יורשו במקום אביו וגם כי מדלת ליה לספק הרי השבא יורש את היבם וא"כ הו"ל כשניהם ודאים ושניהם ספק וחולקים וא"כ עדיפא האחות במקום בן משבא במקום בן וגם היא דשבא ויבם בנכסי ספק הויא דבוותא דאי ליתיה לשבא היבם יורש את הספק כמש"כ אם הוא בן אחיו או בנו והשבא אי ליתיה ליבם ודאי יורש את הספק שהוא בן בנו כמש"כ ולהכי תרוייהו ספיקי הוו וחולקין וכהיותי בזה זיכני ה' ומצאתי בחי' הרמב"ן ליבמות שכתב שם וז"ל עוד אני מתמיה במ"ש שבא וספק בנכסי יבם חולקים שהרי ודאי בירושה שלא במקום בן ואעפ"כ כן הספק הוא מספק עליו ירושתו ודאי מאחר שבאת שמא בנו ואין האב ראוי לירש בפניו ולמה כן והרי המת והוא אינו יורש אותן והא מילתא פסיקא תנן שאפילו היה לו למת אחין ואלו הספקות באין לירש עמהן האחים נוטלין הכל והמשי נימא כיון שאין אחים ראויים לירש בפני הבן ושמא זהו בנו יחלוקו ומה שאירש כאן וכו' לימר מספק אלא במקום שיש למת בנים ודאים אבל יש לומר כיון דספק בא מבחין מן הראויים לירש במשפחה זו הוא שהרי לפחות בן אחיו של יבם הוא ואין מעכב עליו ירושתו אלא ספק זה כשם שהוא מספק עליו ירושתו כך הוא מספק שלו עליו הלכך חולקין הכל מה שאינו הוא לא יורש אותם שוא מפני שמוחזקו נכסים לבני משפחה והוו כחזקת רחוק לגמרי עכ"ל נקטינן מהני מילי מעלייתא דקאמר הרמב"ן ז"ל השבא בנכסי יבם ראוי ליורשה ודאי נגד השבא אם לא שאף הספק ראוי הוא לירש ואין מעכב עליו אלא השבא משמע דבמקום שהספק הוא מצד עצמו אפי' כי ליתיה לודאי כנ"ד דמהרד"ך שאין האחות מספקי על אחיה אלא שמצד עצמו ספק אם ראוי לירש ודאי ראוי שתקרא ודאי לגבי אחיה הספק ואין ס' מוציא מידי ודאי וגם מש' שהביא מהרה"כ בשו"ת הנז' ראיה לדינו של מהרד"ך מדברי הרא"ש הוא ראיה נכונה הנה שכתב הרכ"ע דעירבך ערבא צריך דקשיא להרא"ש מההיא דשבא וס' בנכסי יבם ושם ליכא לתרוצי כדתרוצנא ומטונא כמ"ש מתוך דהרמב"ן כמבואר מ"מ איהו מפרק לה דשאני שם דהרא"ש דהוחזקה נחלה ליבם קודם שנולד הספק והספק בא להפקיעו ממנה ודמי לדינא דש"ס דפ' האיש מקדש משא"כ בשבא וס' בנכסי יבם דנכנסו כל' גם יחד בספק ירושה ולהכי מקרו ספק וס' נקוט מיהא דנ"ד דמהרד"ך לשבא וס' בנכסי יבם לא דמיא דשאני התם דהספק ראוי לירש אלא שהשבא מעכב עליו משא"כ בנ"ד דמהרד"ך אין הספק דהיינו בת המומר ראוי לירש ואין עיכובו מצד אחותו כי אם מצד עצמו ולהכי מקרי ספק וודאי

וגם

ונס לנ"ר להרא"ש היכא דאיתיה לסבא וכאים לחלוק בנכסי מיתנה דקרי לה הרא"ש ספק וספק לא דמיא דשאני התם שזה מספק על זה וזה מספק על זה והוו ספק וספק וחולקין משא"כ כנ"ר דמהרד"ך שאין האחות מספקת על אחיה אלא שבא לו הספק מצד עצמו וכודאי הא לא דמיא אלא לדהרא"ש כדליתי' לסבא דקרי לה ספק וודאי והגם דהתם איכא ריעותא לספק שכן נולד אחר המיתנה והוא בא להפקועי מחזקת היבם שבכר הוחזקה לו נחלה במות אחיו מ"מ היכא כנגדה טיבותא לספק שזה מעכב עליו וזה מעכב עליו ודין הוא שיקרא ספק וספק כמ"ש הרמב"ן ואפילו הכי קרינן לה ודאי וספק ואיך שיהיה כל דאיכא חדא ריעותא לספק או שבא להפקיע אפי' שזה מספק ע"ז או שמצד עצמו ספק ואין שכנגדו מספק עליו מיקרי ספק וודאי ואמרינן דאין ספק מוליא מידי ודאי ועלו דברי מהרד"ך ודעימיה כהוגן ודון מינה כנ"ר:

האמנם אנן מה נענה דבתריה דמרן גריגן והוא ז"ל בא"ע סי' קס"ג סתם דלא כהרא"ש דאפי' כדליתיה לסבא מקרו הספק והיבם ספק וספק וחולקין דמשמע דס"ל דאפילו היכא דאיכא ריעותא לספק שהוא בא להפקיע הנחלה המוחזקת ליבם במות אחיו אפ"ה חולקים ומוכרחים אנו לומר דמתאי' דמשמע בש"ס בפרק האיש מקדש דבבא להפקיע הירושה אינו כלום הוא דוקא משום שהוחזקה נחלה לאותו השבט לאב ויורשיו משא"כ בבעל שבא בספק אין זה מאותו השבט ובזה הוא דאמרינן אוקי ממונא בחזקת מארי קמא אבל הכא הספק והיבם נחלת אותו השבט ברקאי קאי ואיך שיהיה אנן קחזינן דהאי ריעותא דספק לא מגרעא מידי וקרינן ביה ספק וספק וא"כ ה"ה היכא דאיכא אידך ריעותא דשניהם מספקים זה על זה לא מהני מידי דליקרו ספק וודאי מיהו אפשר לומר דדעת הראשונים ז"ל שנמשך מרן אחריהם היא דההיא ריעותא לית ביה משא כלל דהא כיון שמת אחיו של היבם הנז', והניח אשתו בשני חדשים הראשונים תכף נסתפק לנו שמא מעוברת והינו קם לא ליבום ולא לנחלה ומעולם לא הוחזקה נחלה ליבם ומש"ה לעולם מקרו ספק וספק משא"כ בההיא ריעותא דהספק בא לו מצד עצמו ודאי מגרע גרע טפי ולכ"ע הוי ספק וודאי כנ"ל •

איברא דהשתא דאתינן להכי מכח ספק וודאי מקום יש בראש לומר דאדרבא כנ"ר איפכא מסתברא דהבת זוכה במקום החזקה הנז' וטעמא רבה איכא דהא פשיטא דבכל נכסים של אביה הויא יורשת ודאית ואין להאחים עמה שום חלק בנחלתה ובענין החזקה הנז' דוקא הוי ספק אי זוכה היא או האחים א"כ הו"ל היא ודאי במקלת נכסים ובמקלתם ספק והאחים הו"ל ספק במקלת ואין ספק שלי האחים מוליא מידי ודאי הבת ובנם דבאמת האחים בעת הם מוחזקים בשירות הנז' מ"מ לא הוי חזקה אלא תקיפה בעלמא ומוליאים מידם והמינא לה ממ"ש הריב"ש בתשובה סי' ק"ס וז"ל בכאן מבואר הוא שכיון שהיורש ודאי שהרי יש לו חלק בנכסים הללו אף מכח הלואה שהרי בתוב בה מתנית להקדש ומתנית ליורש הבא לירש מלכר החזקה שיש לו בירושה שהוא היורש הקרוב

א"כ הו"ל היורש ודאי וההקדש ספק ואין ספק מוליא מידי ודאי וכו' ומה שאמרת שקודם בא היורש החזיקו עניים בחלקם אינו חזקה אלא תקיפה במה שאינו שלהם שהרי היורש שבא לירש מחמת קורבה חזקתו בנכסים ברורה וההקדש בא לזכות מכח לוואה שהיא ס' וא"ס מוליא מידי ודאי וכו' עכ"ל והה"כ כנ"ר דהוי דוכוותא דכ"ר דהריב"ש ואף למה שחילק הפ"מ ח"א סי' ל"א דרכ'ח ע"ג כין מש"מ למ"כ וכתב דלא אמרה הריב"ש אלא כנ"ר דההקדש בא מכח מש"מ דלא קני אלא לאח"מ וקדמה ירושת היורש דהויא ע ס גמר מיתה משא"כ במתנת בריא יע"ש אפ' דכנ"ר דזוכים האחים מכח הפקר דמי למש"מ ואפ' דעדיף מש"מ דהא מיהא תכף לאח"מ ניקנית מה שא"כ בהפקר דלא זכו עד שיחזיקו • גם למה שחי' הפ"מ בא"כ ס"ס י"ר דהיכא דזוכה במקלת מכח ירושה אין לזכות במקלת האחר כי אם היכא דבא לזכות בו ג"כ מכח ירושה משא"כ אם זוכה במקלת מכח ירושה ובא לזכות במקלת האחר מכח מתנה דמודאי ירושה לס' ירושה אתינא אבל לא מודאי ירושה לס' מתנה עש"כ אם כן יולא כנ"ר דהבת רולה לזכות בחזקה ג"כ מכח ירושה אמרינן דמודאי ירושה זוכה בס' ירושה ואין ס' מוליא מידי ודאי גם מת"ש שם בתשו' סי' ל"ט דקנ"א ע"ר יש מקום לומר דבכי ה"ג דכ"ר הוי ס' וודאי ודוק שם האמנם למה שחי' הרב בתשו' דח"א סי' ל"א דרכ"ט ע"ר בכ"ר דהאשה נתנה מתנה לעובר שלה והאחים טוענים דלא זכה העובר במתנה היא ובאים לירש ג"כ אותם נכסים של המתנה וכתב הרב דל"ר לדינו של הריב"ש דשאני התם דהיורש בא ג"כ בחלי הנכסים מכח לוואת המוריש ולא אתי מכח ירושה דממילא כמנא שיורשיו וההקדש באים מכח אחד והאחד ודאי והאחד ס בזה דין הוא שנאמר אין ס' מוליא מידו ודאי אבל הכא דבא היורש מכח ירושה דממילא הגם שבמקלת האחר איכא ס' ואפשר לא מפני זה נא' דהוי ספק וודאי יע"ש וא"כ בכ"ר דוכוותה כיון שהבת היא בהה מכח ירושה דממילא והאחים באים מכח זכיה מהפקר הגם דאפשר דאינם זוכים והויא היא יורשת הכל מ"מ כיון דלאו מכח אחד הם באים ובחילוק הרב פ"מ ממש לא קרינן ביה ספק וודאי ולא עוד אלא דאעיקרא דמלתא האי סברא דהריב"ש ז"ל נראה שאינה מוסכמת דהניחא לדעת רש"י פ' החולץ דמ"ח ורשב"ס פ' מי שמת דקנ"ח דסברי דכל שהאחד ודאי במקלת וספק במקלת האחר והאחר הוא ספק אם יש לו חלק באותם נכסים אמרינן אין ס' מוליא מידי ודאי אבן התו' שם בשם ר"י ור"ת וריב"א חולקים וכתבו דאין סברא שמפני שהוא ודאי בחלק זה יהא ודאי בחלק האחר ובכיאו ראיה מששיא דזה אומר כולה שלי וזה אומר חליו שלי יע"ש והנראה דשיטת הריב"ש אזלא כשי' רש"י ורשב"ס וכ"כ הרב בני יונה ז"ל בתשו' הר"מ סימן ק"ר יע"ש שתמה ק"ק הדבר לפי ענ"ד שיסתום הריב"ש את דבריו היכא דגדולי עולם ר"י ור"ת וריב"א פליגי ואיך שיהיה נבראה רבה אמרה גם הרא"ש ז"ל בתשו' כלל פ"ר סי' ב' אזיל בשיטת התו' וכתב אס' רשב"ס דמתו לה מאה עובלי בעובלא יע"ש שהאריך והביא כל קושיות התו' וראיותיהם, יעש"כ ומ"מ מידי פלוגתא לא יצאנו וחוזר הדין לדין הקי"ל וכ"ש לפי

לפי מה שכתב כו לעיל דנראה דכנ"ל יותר נקרו האחים ודאי מהכת וכמ"ש לעיל יש לומר דכנה"ג כ"ע יודו ולכל הפחות דהוי ס' וספק והמוחזק והתפוס מי יוכל לדון ולהוציא מתחת ידו דהמע"ה וכפרט לפום נאי דקיימא דאעיקרא דמלתא ירושת החזקות נופה פריכה רבה דהדושא ירא"ה עיקרא דהאי מלתא ירושת החזקות אפילו לבנים כ' עלה מהריק"ש ז"ל בסי' הנז' וז"ל עוד הוסיפו לומר במנהגים אלו הבדויים מלבם שהיורש עומד במקום אביו לחזקת ליף הכשאף ואין להם על מה שיסמוכו והדרבה בגמ' איכא איפכא דשא בבקיא דמכירי כהונה וכו' יעש"ב ועש שראייתו ז"ל אחרי נשיקת עפרות רגליו לדידי איכא ראיה דהא לא אמרו שם אלא לגבי בכור שאינו נוטל בראוי ומש"ה בעינן דאשתהיט בחיי אבוהון אבל ודאי לגבי נחלת הבנים שהמה יורשים הא ודאי שזוכים בה אף ע"ג דלא אשתהיט והדרבה עין רואה מסוגיא זו מסתמיך וז"ל הרב מהר"י ן' חביב ז"ל לזכות ליורשים יע"ש ועיין בתשו' הר"ב אנג"יל סי' ל"ד ומ"מ הנך רוא' שדעת מהריק"ש ז"ל דחזקה זו אין היורש יורשה זאת ועוד אחרת שעיקר שירות חזקה שאין שום אדם יכול לזכות בה היא מולאת מתשו' הרשב"א מהסיא דחייש ברגיל הכל העירוני ומטי בה הרשב"א ז"ל מסוגייא דמרחיקין מלורת הדג וכו' דאמרינן שאני דגים דיהבי שיארא וכו' והנה עין רואה לגדולי הפו' הרי"ף ורמב"ם והרא"ש והטור ומרן בש"ע דכולם כאחד השמיטו בריתא זו דמרחיקין מלורת הדג וכו' וכודאי צריכים אנו לומר דס"ל דלהו הלכת' היא דאתיא כרשב"ג דלא קי"ל כוותיה וכן כתב הרב אורים גדולים לימוד קנ"ו וכן ראיתי להחק"ל י"ד סי' כ"א וכס' מערכי לב דרו' י"ב דכ"ח יע"ש וכתב שם שאף שגדולי האחרונים הביאוה לפסק הלכה מ"מ מידי ספקא לא נפקא ובמקום ספק המע"ה יע"ש ואף שבאמת הכא לדידן פשיטא לן כהוראת האחרונים דמוליאין מיד הבא להחזיק שלא כדין אף שכבר עבר והחזיק ואפי' מהיורשים מ"מ בכה"ג הכו דלא לוסיף עלה וללמוד מינה דבר חדש לא נמרי' וכ"כ החק"ל יע"ש וכ"כ הריק"ש בתשו' הנז' דכיון דהוי מתו' מנהג לא דיינינן אלא כדומה ממש יעו"ש ומעתה לע"ד המעט דכל שלא הוברר המנהג יפה דגם בבת יורשת נחלה בחזקות הללו אין לנו לדון ולהוציא מיד המחזיק ובאמת שאלו ראינו שטר כתוב וחתום בענין החזקות הנז' שכתוב בו שראובן ירש מאחיו וכו' ולדידי עדין יד הדוחה נטויה לדחות חדא דלפי מ"ש בעינן שיהא מנהג ברור וקבוע כדי להוציא מיד המחזיק וכבר כ' מהריק"ש דבעינן שינהגו כן שלשה פעמים יע"ש סוף התשו' ועוד לפי מה ששמענו דהשיא עובדא שכי הוה דיעקב היה משרת במכס והניח אחו עמו חתנו בשירות הנז' וכשמת יעקב אחיו ירש חתנו לוקח החזק' וזה ימים מועטי' בא לפנינו כיולא בזה ממש ע"ע חזקת לראף באשי של עיר עין טב יע"א שהזקן ה'ר פרג מנופלא כ"ע היה הוא שלראף שם והכניס עמו חתנו לשרת עמו וכשנלב"ע פרג הנז' ירש המקום חתנו הגם שהיו לפרג' הנז' בנים גדולים וא"כ אין מזה בירור על המנהג וכ"ש שאין להביא ראיה מהשטר שנמלא כתוב שחמשה אחים היה להם חזקה במכס בשתי מלריות

וחלי ינון הגרוע והאחד מהם הניח בת רוקא וכתוב בשטר הנז' שאחד מהארבעה אחים הנשארים מכר חלקו שהוא חלי מלריות לראובן הנז' וכו' ודלו לדקדק מזה דהבת יורשת נחלה דאל"ה הו"ל לומר חלקו אחד ינאהרבעה משתי מלריות וחלי כיון שהבת אינה יורשת חזרו האחים להיות זוכים בחלקה ואם כן כ"א יש לו רביע מהב' מלריות וחלי זת"ר ולדידי לא מכרעא חדא כיון שהעדים לא ירדו לזה לא דקדקו בדבר יפה ופשיטא דלא שבקינן מאי דאתמר מפורש ויולא מפי גדולי אר"ן וכפרט הרב מהר"י קלין ז"ל שבפי' כתב דאין הבת יורשת בחזקות הללו ולילך אחר דקדוקים ולהוציא מיד המוחזקים וכפרט שכבר מקן עשר שנים שאירע כזה וישבו רבני העיר וחכמיה שבעה מטובי העיר וכתבו מעשה כ"ד שאין חלק ונחלה לבת בחזקות הללו הא פשיטא דאין לזוז מדבריהם אפי' על ימין שהוא שמאל וכ"ש וכו' וק"ל ועוד דאפשר דהארבעה אחים הנז' ויתרו לבת אחיהם חלקה אי משום דלאו כ"ע דינא גמירי דאין הבת יורשת בחזקות הללו אי משום דהגם דידעי רלו לוותר שלא דקדקו עמה ואם כן אין מזה ראיה להחשיבו מנהג קבוע ולהוציא ממון על פיו והנ' כל זה שכתבתי אינו אלא היכא דאין שמנהג ידוע וקבוע אבל היכא דאיכא מנהג ברור הא ודאי דהוי עיקר ומנהגם תורה הוא ואם נהגו שהבת יורשת במקום אחים סא ודאי הוויא כבן ממש ולע"ד הדבר ברור דמה שנראה מדברי הר"מ והכה"ג בת' שהבת יורשת אינו אלא מתורת דפשיטא להו שמנהגם כן ולכן סתמו הדברים דזעיקרא דמלתא לא נשאלו אם מן הדין היא יורשת אם לאו ולא עוד אלא כי מתשו' הרב כנה"ג כבר כתבתי למעלה דאין ממנה ראיה כל כך דאפשר שהיא ראויה לשירות הלבע ולא דמי לשירות המכס ועוד אמינא דהדואה ירא"ה בנ"ד דהכה"ג דראובן אחי שמעון היה נותן לאלמנת אחיו שמעון סך מה מידי ש' בשבוע יע"ש ומזה עשה הרב בתשובתו טעם בעיקר שכתב וז"ל והכא בנ"ד לא מקרי כנוס ועומד כיון שבשעה שנכנס בהחזר נכנס ואף אחרי שמת אחיו היה נותן חלק להאלמנה כמלא שעכשיו רולה להכנס הוא לבדו ומוחזק בידו וכו' עד כ"ל ומעתה הגם דניחא מדינא אין הבת יורשת נחלה בחזקות הנז' כי אם האחים או מדין ירושה או מתו' הפקר מ"מ היכא דמת בעל החזקה והעומדים נתנו חלק הבת לידה או ליד האפוטרופוס שלה הרי גילו דעתם שזכו לה ושוב אין בידם לחזור בהם. וכפרט אי עיקר הזכיה הוי מדין הפקר הרי גילו דעתם שלא רלו לזכות מן ההפקר וא"כ בנ"ד דהכה"ג שעין רואה שראובן לא נכנס בזה לזכות מן ההפקר ואדרבה נתן לאשת אחיו סך מה לשבוע הא ודאי שכבר זכתה הבת ושוב אין יכול ראובן לחזור בו ועפ"ז שכתבתי ראיה זו לא מכרעא לנ"ד כלל ועוד כיון שגדולי הדור אשר לפנינו כי קטנם עבה ממתנינו כתבו בשאם דמן הדין אין הבת יורשת נחלה הא ודאי דפשיט' להו כן או מטעם שכבר נתפשט המנהג כן ומש"ה כתבו סתם או דקיבלו עליהם סברא זו דהיכא דאינה ראויה לשירות אינה יורשת או דחזו לה טעם ודאים נכונה ואנחנו לא נדע וכודאי שאין לזוז מהוראה זו וכ"ש להוציא מיד המוחזק והנלע"ד כתבתי אכן בענין נקיתות של בית הכנסת ראיתי בבת"י הקדש הרב.

מהר"א

מהר"א שמהגע הלוי זלל"ה ע"ע ראובן שנלב"ע ולא הניח אחריו בן ליורשו כי אם בת נשאה לשמעון ב' הרב נוסח מעשה ב"ד דזכה שמעון החתן של ראובן במקום בית הכנסת כדת של תורה וק"ד ובאמת שאנכי לא ידעתי דעת הרב הנז' אם יש לחלק בין ענין מקומות בה"כ לענין החזקות הנז' או נימא דנהוג עלמא במקומות בה"כ שהבת יורשת נחלה ובאלו המקומות לא נהגו ואיך שיהיה יען שהדבר בספק לדינא אין מוציאין מיד המוחזק דהמע"ה אך משום ועשית הישר והטוב ראוי הוא לפשר ביניהם בפשרה הקרובה לדין כנלע"ד .

סי' יו"ד ראיתי אלקי"ם עולים מן הא"ש מלכים מדיינים על ענין

ראובן שמכר לשמעון כבש קרמז לנגוח בו וניסהו ג' פעמים בזה אחר זה כי כל פעם היה תולה הקלקול בסיבה מן הסיבות ואחר ג"פ נתברר לו כי הקרמז הנז' אינו נוגח כלל וכעת הוא חוזר וטוען דמקח טעות הוא ובהיות שתחילה ראה המוכר הנז' זקף דמי הקרמז על הלוקח במלוה בשטר והשטר נעשה בתורת עסקא ובכל זמנו היה תובעו המוכר והלוקח היה דוחהו בלך ושוב ושוב בא לטעון כי מקח טעות הוא ועל דבר זה פליגי רבנן דעוב"י דמסק יע"א דמר סבר דהלוקח יכול לחזור בו ומר סבר שאינו יכול לחזור ועלו ובאו דבריהם לפני מי שגדול הרב הגדול ראש על אר"ץ רבה יע"א להכריע ביניהם ומר ניהו רבה נר"ו שרטט וכתב פסקא דדינא לאורכה ולרחבה ולא הניח זוית ופינה ואסיפא דמלתא דעתו הרחבה נוטה לחייב את הלוקח שאינו כדין שיוכל לחזור ומ"מ הסכימה דעתו רמה עליון לפשר ביניהם ואותי צוה לעמוד על הענין ולחוות דעי הגם כי לאו למודעי הוא צריך והוי כיהודה ועוד לקרא · ובאמת כשאני לעצמי לא רציתי ליטפל בענין יען כי לבי בל עמי ואיני כדאי להכניס ראשי אבל לעשות רצונו חפצתי ומה גם כי הרב מהרמ"ט נר"ו גם הוא ג"כ צוה לי אחי לגלות דעתי ולבלתי סור מן המצוה שניתי ראשי פרקים בענין זה והגם כי בקצת דברים כטיפי מדברי הרב היינו תנא קמא נר"ו אל יאשימני כי כך היא דרכה של תורה אהבה בסופה ;

ואומר דהנלע"ד בענין זה שדינו מיוסד על בחינת הקרמז הנמכר שאם ינסוהו בעת ע"י לבעים אומנים ואם יאמרו שאינו נוגח כלל או שנגחו דומה למין אחר באופן שכל הרואה אומר שאין זה כבש קרמז ה"ז מום ויכול הלוקח לחזור בו אבל אם יאמרו שהוא כבש קרמז אלא שמה שקרמז אחר נוגח בעשרה דרהים מזה צריך עשרים או שלשים או יותר אז חזר הדבר לדין אונאה ואין הלוקח יכול לחזור בו · והנה הרב נר"ו כתב בתוך פסקו וז"ל והנה בנ"ד מר מדמי ליה למכר לו רעות ונמצאו רעות ביותר ומר מדמי ליה למכר לו יפות ונמצאו רעות ולשחמתית ונמצאת לבנה וטעם המדמה וכו' ובודאי דלפי הנראה יפה כח הרב הפוסק המדמה נ"ד למוכר לו יפות ונמצאו רעות ולשחמתית ונמצאת לבנה למעיין שפיר בנ"ד אך לא נ"מ מידי לנ"ד לענין דינא כי בודאי אי ליכא טעמא דמחל היה יכול להחזיר את המקח שעשו בטעות מאיזה טעם שיהיה עכ"ל ואני אני' שאחרי המחילה מהוד רבנותו לבבי לא כן יחשוב כי אם באמת יהיבנא ליה שיטתיה להרב נר"ו דנ"ד דמי לשחמתית ונמצאת לבנה דהוי מום גמור לא דיינינן ביה דין מחילה כראה ושתק ולא נשתמש ואמינא לה כי נודע דדיני מומי המקח שוים לדין מומי האשה והראיה וראה בסוגיא דפרק המדיר דע"ו ע"א שאמרו שם עד שלא תתארס העמד הגוף על חזקתו ליכא למימר מאי איכא חזקה דאין אדם שות' בכוס אא"כ בודקו ואי ראה ונתפייס הוה הדרב' חזקה אין אדם מתפייס במומין והעמד ממון על חזקתו ע"כ ופירש"י אבל היכא שהביא עדים שהיו בה עד שלא תתארס העמד הגוף על חזקתו ליכא למימר דהא קיימי עדים . העמד ממון על חזקתו כי ליכא חזקה דגופא ע"כ הרי דהיכא דאית לן חזקה דגופא שכולהו מודים דמומין אלו מתחלה בידוע הוו לא מועיל חזק' דא"א שותה בכוס אא"כ בודקו דאדרב' אמרינן חזקה דאין אדם מתפייס במומין והעמד ממון על חזקתו ואי קשיא לך מאי דכתב הרמב"ם ז"ל פכ"ה דאישות שכתב וז"ל בא על אשתו ושהה כמה ימים וטען שמום זה לא נראה לו עד עתה אפילו היה בתוך הקמטים או בכף הרגל אין שומעין לו חזקה א"א שותה בכוס אא"כ בודקו וידע ונתפייס עכ"ל והה"מ כתב שלמד כן מדין טענת בתולים וכו' עי"ש ואם איתא הא אפי' דאית לן חזק' דאין אדם שותה וכו' הא אית לן כנגדה תרתי חזקות חזקה דאין אדם מתפייס במומין וחזקה דממונא ואין לומר דהרמב"ם לא מיירי אלא בדליכא חזקת הגוף כנגד חזקה דממונא והיינו דליכא עדים שהיו בה קודם שנתארסה שהרי סתמא קאמר · וכבר עמד על זה מוהרי"קו בשו' ק"ה וכתב שם בתוך דבריו וז"ל אבל היכא דהביא הבעל ראיה דעד שלא נתארסה היו בה וא"כ ליכא דמסייע לאשה אלא חזקה דאין אדם שותה וכו' אז איכא למימר אדרבה אין אדם מתפייס במומין דהא לא אלימא חזקה דאין אדם שותה וכו' כל כך כיון דאכתי לא נבעלה אלא שנכנס לבית הבעל ואדרבה איכא למי' חזקה דאין אדם מתפייס וחזקה דממונא כדאיתא בהדיא בגמ' וכולה שמעתא מפרש לה הרמב"ם בנכנסה לבית הבעל ומ"מ הינה בחזקת בעולה אבל היכא דשהה עמה ובא עליה אז פשיטא דאלימא חזקה דאין אדם שותה וכו' ופשיטא דבדקה יפה וחזקתו שידע ורצה וכו' יעש"ב הרי דלא מרעו הנך תרתי חזקות חדא דאין אדם מתפייס במומין וחזקה דממונא אלא א"כ בעל שודאי ראה קודם ובעל אבל בלא נבעלה הגם דעביד מעשה והכניסה לחופה ואית בה חזקה דאין אדם שותה וכו' מ"מ מרעויא חדא לגבי תרתי חזקה שאינו מתפייס וכו' וחזקה דממונא ועי"ש בדברי מוהריק"ו שעם כ"ז ק"ל להרב דמנ"ל להרמב"ם לו' כן אימא הך בבעל אהני תרתי חזקי ומורעי לחד חזקה דאין אדם שותה וכו' והאריך להוכיח מדקדוק ל' הסוגיא ועש"ב ·

וראיתי להרב פני משה בח"א סי' ע"ו שהביא לשון זה דהר"מ ודברי הה"מ עליו והק' דאפילו היכא דבעל מנ"ל להרמב"ם דודאי ידע במומין דאי מטעמא דאין אדם שותה וכו' אדרבה נר' מן הגמ' דיותר יש לנו לו' חזק' דאין אד' מתפייס וכו'

וכו' וכי הוכי דקודם בעילה אף שנכנסה לחופה לא סמכינן אהך חזקה דאין אדם שותה וכו' ה"נ לאחר בעילה עדיין אפשר לומר דאיכא לחזקה דאין אדם מתפייס ע"כ והנראה דדעת הרמב"ם דדוקא כשנכנס לחופה ולא בעל גריעא קצת הך חזקה דאיכא אינשי דלא בדקי בההיא שעתא ואמרי' דזה האיש מהנהו אינשי דלא בדקי ואתי אידך חזקה דאין אדם מתפייס ודמי לה אבל כשבעל דליכא אינשי דננו בההיא שעתא ולא בדקי ופשיטא דידע ושוב בעל מאי אית לך למימר חזקה אין אדם מתפייס במומין הרי כנגד זה הורעה חזקה זו דהרי ככר ראה ונתפייס ולא עוד אלא דחילוק זה הוא מבואר בירוש' פרק המדיר דאמר רשב"ל קידשה סתם וכנסה סתם יש לה כתובה ואמרו שם אימור דבתרה תהא פליגא על ר"ל נכנסה לרשות הבעל הבעל צריך להביא ראיה הא אם הביא ראיה אין לה כתובה וסך ר"ל יש לה כתובה מתניתא כשכנס ולא בעל ר"ל כשכנס ובעל אני אומר דנתרצה' לה בבעילה ע"כ וכ"ש אם שהה אח"כ כמה ימים וכמו שהבין הה"מ בדברי הרמב"ם דמדמי לה לטענ' בקולין וכן הבין הב"ח בא"ה סי' ט"ל דלא כמרן שכ' דשהה לאו דוקא יע"ש וראיתי להמנח"א בהגהו' לא' מכירה שכ' ע"ד ה"ה שכ' על דברי הרמב"ם שכ' אבל אם נשתמש אחר שראה המום אינו יכול לחזור וכתב ה"ה דיליף מדין מומי האשה שאמרו שם חזקה אין אדם שותה וכו' וכתב עליו המח"א ל"ע דהתם משמ' דה"ד כששהה כמה ימים אחר שבא עליה וכו' דהתם שאני משום דבא להוציא עכ"ל ואם הדברים כשכתבן אינם מובנים דוכי משום שבא להוציא את אשתו לא הוי מחילה עד שישהא אחר בעילה הרבה משום שומרת בנות ישראל אית לן למימר דכשבעל תכף מחיל וחייב ליתן לה כתובתה אם רצה להוציא אלא נראה ברור דט"ס הוא וחסר נקודה אחת וצ"ל שאני התם משום דבאה להוציא והבינה ברורה היא דכיון דאית ליה לבעל חזקה דממונא אין האשה יכולה להוציא ממנו כי אם בראיה ברורה דאם השכים ובא לב"ד אפשר לומר דלא מחיל דכשהרגיש במום לא מצי לאוקומי אנפשיה דלא למיבעל או דלא הרגיש כי אם באותו פרק אבל כששהא אח"כ פשיט' דמחיל וכדין טענת בקולים אבל בה' מכירה דאיירי הרמב"ם שהלוקח בא לחזור ולהוציא הדמים מיד המוכר בנשתמש לחוד סגי וא"ת ומאי פסקא דהרי הרמב"ם סתמא קאמר ומשמע בין נתן דמים בין לא נתן דמים ככר הקשו על כיוצא בזה בש"ס שם בפרק המדיר ואמרו סתמא דמלתא כל כמה דלא יהיב זוזי לא יהיב אינש חיותא עי"ש נקטינן מתני' של המח"א דכל היכא דאתי המוכר להוציא דמים מיד הלוקח בטענה שככר מחל כגון כ"ד לא סגי בנשתמש לחוד כי אם בנשתמש ואחר כך שהה וסמך בזה אמאי דקאמר תלמודא דתרי חזקי דהו חד חזקה ככ"ל · האמנם מה שקשה לכאורה על זה מ"ש הרמב"ם לעיל מינה וז"ל שיבא הבעל ראיה שעד שלא נתארסה היו בה והביא האב ראיה שראה ושתק ונתפייס או שחזקתו שידע בהן ונתפייס ה"ז מיו' בכתובה ע"כ הרי הגם היכא דאיכא תרתי חזקות חזקה דא"א מתפייס במומין וגם חזקה דממונא אע"ג דליכא חזקה דגופא שהרי הביא עדים שהיו בה קודם שנתארסה ואפ"ה בידע דוקא מוציאין מידו

הא לא קשיא כלל דשאני התם דהביא האב ראיה דידע שבעל במומין קודם שנכנסה לחופה ואח"כ כנסה הא פשיטא דאין לך מחילה גדולה מזו ובשלמ' אלו הוה אתי עליה מכח חזקה דא"א שותה וכו' דאין הדבר ברור שראה ווידע ואח"כ כנס אלא מכח חזקה אתו הנהו חזקות ודחו לה אבל אם יש עדים והיינו ראיה דהכיר בה ווידע ושוב כנסה דעשה מעשה גדול הא פשיטא דאין לך מחי' גדול' מזו וסבר וקביל ואדעתא דהכי כנס והגוותא פשיטא במקח אם יש ראיה דידע במומין ואפ"ה קנה מי שם פה לאדם לו' שיוכל לחזור בו ומעתה מה שתמה בתשו' מהריט"ז סי' ק"ס שבה' מכירה נראה דבעי' ראית מומין ואח"ך שמוש עד דליהוי מחילה ובה' אישות נראה מדבריו דבראה לחוד סגי דליהוי מחילה והאריך בזה ולסוף הנ"ע ע"ש אחרי נשיקת עפרות רגליו דבריו תמוהים דמה דמות יערוך לראה ווידע קודם כניסה לחופ' דפשיט' דאדעתא דהכי נכנס לדין הרמב"ם שבהל' מכירה דאיירי דטוענים בתר מכירה ועל זה דן הרמב"ם דבכגון דא שבא לטעון אחר גמר המקח שמצא בו מום ואידך טעין עליה משום מחי' הא ודאי דלא דיינינן ביה דין מחי' אלא בראה ווידע ואחר כך נשתמש והדברים ברורים · ומה שהק' בסי' רכ"ה להפך דהתם בעי' ראה ונשתמש הא בנשתמש לחוד סגי בדין מומי האשה שאמרו אין אדם שותה בכוס אא"כ בודקו וה"נ נימא הכא דאם נשתמש סגי דמחזי' ליה בראה ותסגי חזקה עלמה דא"א שותה בכוס וכו' והנ"ע והא נמי ל"ק כלל דחזקה זו לא נאמרה אלא באשה דוקא ולא בחפצי המקח וממכר וה"ה יליף ראה ונשתמש מההיא דחזקתו ראה וככר כתב מהרב נר"ו ודפח"ח · וראיתי להרב נר"ו בתחילת הדברים שהביא סברת הרב הפו' המוכח למוכ' מדין מחי' וכתב דהגם דפליגי רבוותא בשתק אחר שראה' המום ולא ערער אי הוי מחי' אם לאו בכ"ד יודו כ"ע דהוי מחילה כיון דתבעו כמה פעמים והיה דוחהו בלך ושוב אין לך הוכחה יותר מזו שמחל זת"ד ואני אומר כמה רב חילים דהרב הפו' נר"ו לדון באומדנא ולהוציא ממון ובפרט במקום חזקה דאית לן דא"א מתפיס במומין וכ"ש דסוף סוף אנו באין להוציא מכח שתיקה דהוויא מחילה לפי דעתו וככר כתב מהר"ם אלשיך ז"ל בתשו' סי' ע"כ וז"ל שלא מצינו שע"י שתיקה יאבד איש זכותו אלא א"כ ע"י הכאה מרובה וכו' אבל היכא דלא שייכא מהני טעמי אלא שתיקה גרידתא בעלמ' לא אמרי' דמחל דלא סגיא לאבד זכותו עכ"ל גם הב"ח סי' ל"ז והרב משפטי שמואל סי' קי"כ כתבו דכל היכא דיש לתלות מאיזה טעם שתק תלינן יע"ש ופוק חזי מ"ש מהר"ם מפדווא ז"ל בא' סי' מ' שהביא תשובת מהר"ם על מה ששתק א' מלענו' על אחת מהטענות והשיב שאין שתיקה כהודאה רק כאמר אתם עדי ושתק ע"כ והגם כי מהרימ"ט ב"ע"ז דלאו כללא הוא מ"מ כתב אח"כ דכל שרואה חבירו מזיק לו או מתזיק בשלו ושותק ודאי שמחל והנדון שהשיב עליו מהר"ם הוא על טענות שלא ראה עדיין היזק בשלו ואינו חש להשיב עתה בעבו' שעתיד אבל במקום שרואה שורו טבוח לפניו ודאי דרך כל אדם למחות אם אינו מוחל עכ"ל לא ולמד לנ"ד

לכ"ד כי מה הפסד או נזק יגיע ללוקח כדחזית שדוחה למוכר מיום אל יום וכפירש אם כאת' שהיה חולה וחס על עלמו לבא עמו בשקלא וטרי' כי הלוחה רבה בין אדם לחבירו בבא דבר המשפט והסכימ' דעתו דבל שהכסף בידו עדין ידו על העליונה וגדו' מזו מלינו שאפי' המוחל בפירוש לחבירו מלוה שיש לו עליו אי היכא בידיה שטר על המלוה הוויא פלוגתא בירוש' ספ"ק דגיטין מחל שטר ר' חנינא ור' מנא חד אמר מחל וחד אמר לא מחל עד דמס' ליה שטרא והביאו הש"ך סי' רמ"א ס"ק ד' וכתב דבעל העי' פסק לקולא ולפי זה הוי ספיקא דדינא עי"ש ור"ל דאם תפס המוחל לא מפקינן מיניה משום דלא מסר ליה שטרא ולא מקרי מחי' וכ"ש וק"ו בנ"ד דליכא מחי' מפורשת אלא שאנו באים עלה מכח אומדנא וגם שהוא תפוס בממון עלמו הנס דליכא. עליה שטרא הא קי"ל דשטר העומד ליגבות לאו כגבוי דמי וכ"ש דבנ"ד לאו אומדנא דמוכ' הוי וכמו שתפס עליו הרב נר"ו ועוד דעביד איניש דלא מגלי טענתיה אלא בב"ד והוא בב"ב דל"א ע"א וכח"מ סי' ע"ט עי"ש וקי"ל וא"ת לפי הלעה זו דטענת שתיקה ומחי' טענה גריעא היא א"כ איך כ' הגאון הביאו הרדב"ז סי' קל"ו דכל שהרגיש במום ולא חזר שוב אין יכול לחזור וכ"כ בסי' קל"ט יעו"ש וק"ק לי על הרב זרע יעקב ז"ל בתשו' סי' כ"א שכתב וז"ל דהתם מיירי בדבר שאין יכול לבודקו או שפשפש ולא מלא וא"כ נגלה המום שלא ידע הוא בו ומההיא שעתא נמנע ולא נשתמש מחמת המום הא ודאי לא מחל ואף עפ"י ששהה בנתים הפסר טרוד הוא או"ל אשכח למוכר וביול' ומניעתו מתשמיש מוכחת דלא מחל עכ"ל וקשה דאין נראה כן דעת הגאון והוא ז"ל הביא סמוך לזה תשובת הרדב"ז דסי' קל"ו וקל"ט יע"ש האמנם הנראה לי אמת בזה. דגם הגאון לא אמרה אלא היכא דליכא חזקה דממונא וכגון שהמוכר כבר קיבל דמים מהלוק' ובא הלוקח להוציא אז אמרי' מכיון שהרגיש במום מחל כיון שלא לווח שהרי רואה שורו טבוח לפניו אבל בבא להחזיק כמה שבידו גם הגאון יודה שהרי כלל גדול הוא בידינו דאפוסי פלוגתא לא מפקינן וכ"ש הכא דהדבר מוכיח שכן הוא האמת לפום ריהטא וכמו שהוכחנו לעיל כנלע"הוק"ל.

האמנם רואה אנכי דדעת הרדב"ז בסי' קל"ו דס"ל דאפי' להוציא מיד המוחזק דייכינן כן שהרי כתב בסיף התשו' וז"ל וא"ת הניחא אם נתן המעות אבל אם עדין המעות ברשותו וכו' ובנ"ד לא כ"מ תודו דלפי טענותיהם אני אומר שהמקח קיים וכ"ש וכו' עכ"ל הרי בפשיטות סיבר הרב דהדין כן ואפילו להוציא הא לא הכרא דבנ"ד דהרדב"ז כמה טעמי אית ליה לקיים המקח אי משום דתנאי היה ביניהם שמחל כל מום כמו שהעידו העדים ונהגו הסוחרים שלא לחזור בכיוצא בזה אי משום דהו"ל כשתמש וכמ"ש הרב לעיל ודמיא ממש למ"ש הר"מ וכו' אי משום ס' הב"י הנ' ובסי' קל"ט הדבר ברור דב"ד הוי לאוקומי ממונא כאשר מוכח שם האמנה אי הוי בנ"ד עיקר חיוביה משום סברת הגאון לחודיה לא הוה דאין לאפוקי מ'מונ' הגם דאיכא אומדנ' דמוכ' שראה המום וסבר הרא"ש דבאומדנא מפקינן מיד המוחזק מ"מ היא גופא ברהק ממש הויא ספיקא

או מקרי מחי' כדאיה או לאו והיא פלוגתא דקמאי דקמאי הגאון והרמב"ם וגם האחרונים כאשר כ' הרב החבי"ב ומי יוכל לדון ולהוציא ממון בכי האי גוונ' והלבריס ברורים עו"כ וא"ת סוף סוף כיון דאיכא שטר גמור עליו דהלוקח ופיטורו אינו ודאי דהא תלי' בפלוגתא דלהרמב"ם ראה ושתק לא הוי מחילה ולהגאון הוי מחילה אם כן הו"ל ברי כתיובא ושי' כפרעון דקי"ל דחייב שאמרו לעולם חוזר עד שיוד' לו המום אפי' אחר כמה שנים נודע לו יוכל לחזור ואם ראה ושתק ודאי הוויא מחי' דמאי שנא זה מזה וכו' עכ"ד ונתעלם הרב נר"ו מאד כראיה זו ודחה דברי המש"ל שהכריח מלישנא דהרמב"ם דבעי נשתמש על דלהוי מחי' ואי בראה שני דלהוי מחי' הו"ל להרמב"ן להשמועינן רבותא טפי דאפי' בידע ושתק שני וכתב עליו הרב נר"ו ול"ן לייסב כפשי' דהא דל"ק והוא שלא ידע ושתק משום דבכי הודיענו זה בדין מוכר שנתאנה וכו' וס"ס במק"ט דמאי שנא ועש"כ ולי אנכי העבד אחרי המחי' מאוד רו"ס הא ל"מ דשאני דיני אונאה מדיני המומים דבדיני אונאה דין הוא להשוות המוכר ללוקח וכי היכי דדין לוקח הוא בכדי שיראה לתגר וכו' כך היה ראוי להיות דין המוכר אלא משום דאין מקחו בידו להראות חשו חכמים ז"ל ואמרו דלעולם חוזר והיינו עד דיוקרמי ליה מקח כמקחו וזו דומה ממש ללוק' דמה נשתנו זה מזה ולהכי אם שתק חזר דינו כלוקח ששהה אחר שיראה לתגר שאינו יכול עוד לחזור משא"כ בדיני המומין דאית לן חזקה דא"א מתפיים במומין ודאיה נמורה היא דבדין אונאה קי"ל דדינו בכדי שיראה לתגר וכו' ואם עבר זמן זה מחל ובדין מום אפילו היכא דשתה בכוס דאית ביה חזק' דא"א סותה וכו' דעדיפא טובא מבכדי שירא' לתגר וכו' אפ"ה אתאי ההיך חזקה דא"א מתפיים וכו' עם חזקה דממונא ודחי לה וא"כ שנא ושנא זה מזה ואין בזה בדי סמיכה לומר שהרמב"ם סמך בדין המום אמ"ש בדין אונאה דהמוכר לעולם חוזר ומה שפירשו בה ומעתה מ"ש הרב נר"ו בסוף דבריו וז"ל ואי לאו דמסתפינא אמינא דאין יכול המוחזק לומר קי"ל כמ"ד דאם ראה ושתק ואחר כמה ימים בא לחזור דחוזר חדא דאלו דאו האחרונים הללו שרבו' האי נאון ז"ל ס"ל דאם אחר שהרגיש במום ושתק ולא החזיר דמחל לא היו מדקדקים מדברי הרמב"ם דשתיקה לא הוי כמחילה והוו ממשכני נפשייהו לייסב ולהשוות שרמב"ם עם הגאון ז"ל ומכ"ש דמדברי הרמב"ם גופיה בפכ"ה דאישות מוכ' דס"ל גבי מומי נשים דאם ידע ושתק דהוי מחיל' וכמש"ל בשם מהריט"ן וכ"ש שדברי האחרונים הנז' הם מוקשים ועומדים דמאי שנא ממאי דקי"ל מוכר לעולם חוזר ואפ"ה אם ידע ושתק ולא חזר מיד דהוי מחילה אליבא דכ"ע וליכא מאן דפליג וכבר מסור בידינו דכשהפוסק דבריו מוקשים אין המוחזק יכול לומר קי"ל כוותיה וכו' עכ"ד אחרי המחילה אין נראה לי כן דהעיקרא כבר כתבתי למעל' דאפ' דגם הגאון לא אמרה אלא בדליכא חזקה דממונא אבל בדאיכא חזקה דממונא אתאי חזקה דממונא ומלטרפת בהדי חזקה דא"א מתפיים במומין ודא' סך שתיקה כמה דדמי חזקה דא"א סותה בכוס וכוי דהוי כראה וידע ממש וקי"ל דלא הוי מחי' ומה

שקבלה

שהביא ראיה מהריט"ץ מדין מומי נשים כבר כתבתי
למעלה שדבריו תמוהים דהתם כשהביא הבעל ראיה
דידע הבעל במומין ואפ"ה כנס ובכי ה"נ ליכא
מאן דפליג דהוי מחי' במורם דאדעתא דהכי כנס
והוי כמשך אחר שידע במום דאין שום חולק בזה
ומ"ש וכ"ש שדברי האחרונים הם מוקשים ועומדים
וכו' כבר כתבתי דל"ק דשאני דיני מום מדיני אונא'
כנלע"ד ·

עוד ראיתי להרב נר"ו שכתב וז"ל אכן ממקום
אחר יש לזכות למוכר ממ"ש בתשב"ץ ח"ד
סי' ח' שהביא משם הרשב"ם על ענין הארגמן וכו'
וע"ז שיים ומה שאמרו החברים וכו' ואין לטעון
על הקונה דהו"ל לבודקו ולנסותו בצביעה לאלתר
דהקונה שזה לא קנאו לצבוע בו אלא למכור ואין
מנהג הסוחרים לנסות בצביעה רק מוכרים סתם
ומים ידברו עכ"ל · הרי מבואר מדבריו שמדין
אונאה אנו באים על מום זה ואם לקחו למכרו
הוי כדין מוכר שחוזר לעולם ר"ל עד שיתברר וכו'
אבל בלקחו לעצמו לצבוע בו כמו שאנו אומרים
באונאה בכדי שיראה וכו' ה"נ שיעורו בכדי שילך
ויצבע וכו' אם עבר זמן בכדי שיצבע ולא צבע
מחל וא"כ ה"נ בנ"ד וכו' זו היא כונת הר' בפשי'
עכ"ד ואני רואה שבכל זאת לא שני ליה להרב נר"ו
בין אם הוא צובע אלא שחסר מן השיעור הראוי
מעט או הרבה בין אם הוא אינו צובע כלל שעל
שניהם הוא אומר דהוי אונאה ובצבע הוי דינו דאם
שהה בכדי שיצבע ולא צבע מחל ואני אומר אם
איתא להא יש להקשות על דברי תשו' זו של הרשב"ץ
איך הביא תשו' של א"ז הרשב"ם והיא כנגדו שהרי
הרשב"ם כתב ומאחר שאינו צובע ה"ז מום וחוזר
ודומה זה למוכר זרעונים ולא צמחו ע"כ נראה
ברור דדין מום אית ליה וכל כמה דמתגלי מהדר
למאריה ולא אמרי' בכדי שיראה וכו' או שיצבע
וא"כ איך כתב הרשב"ץ ע"ז א"כ ה"ה לנדון שלפנינו
וכו' ולכן אין לבא כדין זה אלא מצד האונאה וכו'
שהרי זה סותר הקודם שע"ז כתב דהוי מום והוא
כתב דהוי אונאה אלא הנלע"ד ברור דכ"ד דהרשב"ץ
שכתב דבמלא האיסטים רע למאד דר"ל דשיעורו
גרוע מאד אלא דיש בו כדי צביעה ובכי הא
שהאסטים יש בו זיופים רבים וגם לא אמר לו שהוא
טוב אלא אסטים מכר והרי הוא אסטים וממילא
דין זה הוי כמוכר רעות ונמצא רעות ביותר שאינו
יכול לחזור בו אלא דאם יש בו שיעור אונא' ביותר
משתות הוי בטול מקח והרי כבר עבר זמנה לזה
הביא משם הרב מ"ז ע"ע הארגמן שאינו צוב' כלל
דדין מום יש לו ואין ברור המום עד שעת צביעה
ומינה למד בנ"ד הגם דהאסטים צובע קצת ואין
זה מום שאינו כענין הארגמן שאינו צובע כלל
ומ"מ זה וזה אין היכרם אלא בשעת צביעה וא"כ מה
שאמרו החבירים דבכר עבר בכדי שיראה להגר לית'
לפי דעת הרב בענייני הצבע אלא עד שיצבע ורא'
ולדעתי שאין דעת הרב לומר דשיעורו בכדי שיצב'
אלא עד שיצבע ממש אם יראה שיש בו אונאה חוז'
דכיון דילא מכלל השיעור דבכדי שיראה לתגר דאין
תגר יכול להכחינו תוך דינו לענין זה כדין המומין
שיוכל לחזור כל אימת דמתגלי וכמו שכתב הרשב"ם
ז"ל בנ"ד דה"ז מום וכתב דאם נשתמש או מכר
אחר שראה המום שוב אינו חוזר ומשמע ודאי דבברא
ולא נשתמש חוזר וכ"ש בשהה כדי צביעה דפשיט'
דחוזר והנה אמת ידעתי שיש הדוחה לדחו' דשאני
צביעת ארגמן מצביעת האסטים והוא דהאסטים
אית ביה זיופים רבים ולהכי חזר דינו כמכר לו
רעות ונמצאו רעות ביותר דיש לו דין אונאה אבל
ענין צבע הארגמן אפשר דלא שייך ביה זיופים והוי
כמכר לו יפות וכו' דהוי דין מום ולהכי לא אתי עלה
הרשב"ץ לדון בדיני אונאה ומה שהביא ראיה הרשב"ץ
מדינו של הרשב"ם אינו אלא לו' דבצבע אינו ניכר אלא
עד שעת צביע' ולא אפ' למיקם עלה דמלתא לאלתר
וכבן אנכי הרואה דכ"ד הרב נר"ו דעתו מסכמת
דכ"ד דמי למוכר לו יפות ונמצאו רעות וכו' שכ'
וז"ל והנה כ"ד מר מרמה לה וכו' אמנם טעם הפו'
שדימה אותו למכר לו יפות וכו' וכיון שנמצא זאת
הדודיה אינה צובעת כלל אם כנים הדברים א"כ
זאת הדודיה אינה תולעת שני והוי מין אחר מזוייף
ואם כן הוי ודאי כשני מינים וכו' ובודאי שלפי
הנראה יפה כת הפו' המדמה כ"ד למוכר לו יפות
וכו' ולשחמתית ונמצאת לבנה למעיין שפיר בכ"ד
עכ"ד ועם כל זה אתי עלה מדין אונאה ולמד לכ"ד
מדין האסטים דמאי דהרשב"ץ אתא עלה מדין אונא'
ס"ט דסבר דהוי כמכר לו רעות ונמצאו רעות
ביותר דהרי האסטים דרכו להיות בו זיופים רבים
וזה האסטים סתמא מכר לו ואין ספק אלו
היה דן הרשב"ץ לכ"ד כשחמתית ונמצאת לבנה לא
היה דן כן אלא תוך דינו להיות כדין הארגמן דהרי
זה מום וכבר דן ביה הרשב"ם דחוזר כ"ז שלא
נשתמש או מכר כמ"ש הרמב"ם והשתא דאתינא
להכי דדעת הרב נר"ו דכ"ד דמי לשחמתית ונמצא'
לבנה דהוי מום וכן דעתי אני הפעוט נוטה אם
כנים הדברים שאינו צובע כלל א"כ מעתה מה לנו
בדיני אונאה אם שהה בכדי שיצבע או לא ואין לנו
לעמוד אם הוא מוכר דעלמא או צבע דבלהו דין
אחד להם כמום דכל אימת דמגלי מיהדר למארי'
ואם באנו לעמוד עליו מהאי סברא שהביא ש"ס
בשם יש מ"ש כבר כתבו רבים מהאחרונים דהרב'
דאית ביה טירחא ואינו יכול לעמוד עליו לאלתר
כגון לטועמו גם בזה מ"ש יורה · ולא עוד אלא
אם כ"ד דיינין ליה בב' מינים דאין זה מין תולעת
שני כבר כתב הפ"מ בתשו' סי' כ"ה וז"ל אמינא
דאף לפי סברא זאת אפשר דע"כ לא אמרם אלא
לגבי מום וכו' כיון דלא קפיד לנסוהו אבל בשחמתי'
ונמצאת לבנה שהם שני מינים חלוקים לגמרי בכי
הא לא אמרי' דמדלא קפיד לנסותו דמחל עכ"ל
והנה הגם שהרב אמרה בדרך אפשר מ"מ הרואה
יראה שרבים מן האחרונים נמשכו אחריו ע' בתש'
כרם שלמה ותשו' חסד לאברהם יע"ש ואני בעניי
בתשו' שכתבתי זה כמה שני' תמהתי עלהרב ז"ל למה
כתב זה בדרך אפשר שהדבר מוכרח ממתני' דתני
יין ונמצא חומץ שניהם יכולים לחזור בהם והרי אין
לך דבר שיכול להכחינו ולטועמו לאלתר כיין ואפי'
הכי אם נמצא חומץ יכולים לחזור ומוכרח לומר
לפי סברא זו דשאני יין ונמצא חומץ דהוו שני מינים
ולא עוד אלא דהמעיין שם בגמ' יראה דמוקי מתני'
אף לסברת רבנן דסברי יין וחומץ מין אחד דלא כרבי
דסבר דהוו שני מינים והארכתי בזה בתשובה הנז'

היין

אין כאן מקומו · ולא עוד אלא שאני רואה שהרב כר"ו העיקרא דמלתא בנה. דייק מתשו' הרי"ף דלא סבר לה להאי סברא דיש מ"ש שכתב וכל מקח שבודק ואח"כ נותן את הדמים אמרינן כל מום שהוא בראיה בעלמא אמרי' בבר ראה והפייס וכו' וכתב דלכאורה קשה דהו"ל לאשמועי' רבותא יותר דאפילו אם לא בדק כיון דיכול לבדוק ולא בדק מסתמ' מחל אלא ודאי דלא ס"ל כס' היש מ"ש שהבי' הה"מ וכתב דבודאי דלא נגלית עדין תשו' זו בימי הרדב"ז דאלו היה רואה שהרדב"ז תשו' זו לא היה כותב דדברי היש מ"ש דברי טעם הם ואין מי שיחלוק עליהם עכ"ד ואני אומר דאין זה כדאי לדחות ס' זו מכח דיוק וכ"ש לפי מ"ש בתשובה הנז' דהאיר ה' את עינינו ועלו וכאו על מזבח הדפוס שו"ת הגאונים הנק-אים בשם שערי צדק ששם מבו' בפי' בס' היש מ"ש והנה היא בשער שש סימן ד' וז"ל ושאלתם ראובן זבין ליה חמרא לשמעון ולא אודעיה במומין דאית ביה וכו' תשו' הכין חזינא דהדין ראובן לא איח מן דינא לאודעי לש' במומין דאית בחמריה וכו' זאורחיה דראובן לאשבוחי לחמרי' ואורחיה דשמעון לאתווי ספסירא בהדיה דיד' במומין דבהמה וכו' הילכך שמעון הוא דהוה בעי מידק לנפשיה וכו' הילכך לית ליה לש' לאהדורי לחמרא דראובן עכ"ל הרי דמפורש הטב דכל דיכול הלוקח לבדוק במקח ולא מבעיא ע"י עצמו אלא דיכול לבדוק ע"י בקיאים אם נתעלל ולא בדק וקנה שוב אינו יכול לחזור דאיהו הוא דאפסיד אנפשיה שהיה לו להביא מי שהוא אומן ובקי במומין וכ"ש אם הוא עצמו יכול לבדוק ולא בדק והשתא דאתינ' להכי מוכרחים אנו לומר דלא פליג הרי"ף ז"ל אתשובת הגאונים אלא דנ"ד הכי הוה דהמום היה ניכר בראי' בעלמא וע"ז דק בפשיטות דאינו יכול לחזור דמסתמ' ראה ואופייס אבל לאו למירק מינה דבמידי דבעי בדיקה לא אמרי' דהו"ל לבדוק ולא בדק שאה דלקושט' דמלת' קאמר בנ"ד ואין בידי בע' תשו' הרי"ף לראות בעיקרן של דברים ואין ספק דאפושי פלוגתא לא מפשינן ובפשיטות אני אומר אלו הוו חזו הפוסקי' תשו' הגאונים שלא היה שום אדם מסופק בס' זו דפשיטא דהלכה ומורין כן · ומ"מ הנה דקא חזינא הכי שם לא דאינו סתירה למה שחילקו האחרו' ז"ל חדא דבדבר שיש בו טרחא ומעשה גמור לראות המום אפ' דגם הגאו' יודו גם אם הוא מין אחר פשי' דגם הגאונים יודו שהרי הדבר מוכרח ממתני' דתני יין ונמצא חומץ דשניהם יכולים לחזור בהם ומי ס"ד דכיון אינו יכול להכחינו ולטועמו להאחר ואפי' הכי דינא הוא דחוזר אלא ודאי דכ' מינים אפילו בטעות שאני כנלע"ד.

עוד אמינא דלע"ד דברי תשובת הרי"ף הלזו שהביא הרב כר"ו חידוש ורבותא אית בהו דכל דבר התלוי בראיה בעלמא אמרינן מסתמא ראה והופיים ואדעתא דהכי קנה ואפילו אם עדין לא נתן דמים מוליאין מידו דדינם במומין שבגלוי שבאשה שחזקתו שידע בהן ונתפייס וע"מ כן כנס וה"ז חייב בכתובה וה"ה במומין שבגלוי שבחפצים שאם בראיה בעלמא ניכרים חזקה שראה קודם שקנה ונתפייס וקנה ומוליאין דמים של המקח מידו אף עפ"י שלא נתן וא"כ היכי לשמעינן הרי"ף רבותא דאפילו היכא דיכול לבדוק ולא בדק דהויא סברא לא נאמרה אלא בכששכר נתן דמי המקח אבל עדין לא נתן גם בעלי אותה. סברא יודו וכבר הר' משנה למלך כתב כן וכתב דמלבר דמילי דסברא ניכהו אית להו ראיה מדברי בעה"ת גבי טענו חטים והודה לו בשעורים ועוש"ב וכאמת דבשאני לעצמי איני רואה ראיה מכרעת מדברי הבעה"ת אך לדידי איכא ראיה גמורה ממ"ש התו' בפ"ק דקדושין די"א ע"א עמ"ש שם סמפון בעבדים ליכא אי מומין שבגלוי הא קא קיי ליה וכו' מאי אמרת ליסטים מזויין או מוכתב למלכות הנסו קלא אית להו ופרש"י וסבר וקביל וכתבו התו' דה"ק ר"ת דבפ' המוכר אמרי' ליסטים מזויין או מוכתב למלכות אומר לו הרי שלך לפניך והבי' אליהו ז"ל מקיים פירו' התו' דהיכא דקיבל המוכר המעו' אמרי' מדלא בדיק הלוקח קוד' נתינת המעות הני מומין דאית להו קלא א"כ סבר וקביל והא דאמר הרי שלך לפניך מיירי קודם שנתן הלוקח מעות וקלא משמע כן התם דפריך ולימא המע"ה אלמא משמע דהלוקח מוחזק עכ"ל וכ"כ התוספו' בבתו' דנ"ח ע"א בד"ה הנהו קלא אית להו עי"ש הרי מבואר מדבריהם דכל היכא דהלוקח מוחזק עדין בדמי המקח לא אמרי' דמדלא בדק סבר וקביל גם בריש פ"ב דבכורות די"ג ע"ב בלוקח גרוטאות מן העכו"ם ומלא בהן ע"ז וכו' אלא אמר דבא רישא וסיפא מקח טעות וכו' והכיי אמר לך רישא מקח טעות דלא ירע דקא לא יהיב ליה זוזי סיפא לאו מקח טעות הוא דכיון דיהיב. זוזי כי קא משיך איבעי לעיוני והדר ממשך ופרש"י דלא הוה ידע דאית בהו ע"א דהא לא יהיב זוי דלימא אבעי לעיוני דסתם תגר לא מעיין עד שעת מתן מעות איבעי לעיווני ומדלא עיין אקולי אחיל והוי' משיכתו משיכה גמורה עכ"ל ואעפ"י שראיתי שם בתוספות בד"ה דכיון דיהיב זוזי וכו' שכתבו ואע"ג דבשאר מקח טעות לא אמרי' הכי שאני לוקח גרוטאות מיד נכרי דאבעי ליה לאסוקי אדעתיה טפי שמא יש בהן ע"ז עכ"ל נראה דסברי דלא אמרינן בדיני המומין הו"ל לברוק ולא בדק מ"מ אנן כדידן הא קא חזינן סברת הגאונים דסברי הכי כמבואר בתשו' הנז' ויש לחלק בין נתן מעות ללא נתן. כמו שחילקו בש"ס לענין ע"ז · הן אמת דסו' זו דבכורות שיא אוקמתא דאביי וכולהו אמוראי דלשם אוקמוה להך בריתא באנפי אחריני ומשמע דלא סברי לה להאי אוקמת' וכ"מ דלדידן דקי"ל דהלכתא כרבא לגבי אביי א"כ מדאשכחן דרבא לא ניחא ליה בהאי אוקמתא דאביי לית הלכתא כוותה · עד שמזה אני תמיה קצת על מה שראיתי להרב מחנה אפרים ז"ל בדיני אונאה סי' ג' שכתב וז"ל והלוקח בהמה מחבירו ונמצא בה טרפות מחמת סירכא וכו' הרמב"ן ז"ל כתב דהוי מקח טעות וכו' ועוד הביא ראיה ממוכר עבד ונמצא גנב או קוכסטוס הניעו משום דכולהו הני איתנהו אבל אי לאו כולהו הכי הוי מקח טעות ואף על גב דלא אתני לוקח ע"כ ולע"ד גם זה לא הבנתי דההיא איירי בשלא נתן עדין הדמים וכיון שהלוקח מוחזק אין צריך להתנות וכה"ג מחלק תלמוד' בפ"ב דבכורות גבי לוקח גרוטאות מהגוי ומלא בהן ע"ז אם עד שלא נתן מעות הרי זה מק"ט אם משנתן מעות אינו מק"ט דאיבעי למבדק תחילה ואחר כך ליתן

ליתן את הדמים עכ"ל ואני הצעיר ק"ל טובא חדא דהא האוקמתא שם כאמירה לאביי ומשמע דלרבא דהלכתא כוותיה לגבי דאביי לא סבר לה הכי והדרב' הקשה רבא לאביי שם דאמר רישא משום דאיכא מק"ט א"ל רבא רישא משום דאיכא מק"ט סיפא ליכא מק"ט יע"ש ואביי אמר לך וכו' נראה דרבא לא ס"ל הך סברא ועוד ק"ל דהרוא' יראה דהרמב"ם ז"ל בפט"ו דמכירה והטור בסי' רל"ב שהביאו ברייתא זו כתבו סתמא ברייתא זו דמלא גגב או קוביוסטוס הניעו ומשמע דבין בנתן דמים או עדין לא נתן חייב ליתן דבולהו הכי הוו ומשמע ודאי דאלו היו קלא הכי וקלא הכי הוי מק"ט אפילו אם כבר נתן דמים חוזר ומהיכא פשיטא ליה להרב ז"ל דאיירי בלא נתן דמים ואגב אומר דראותי להרב מ"א שם שכ' דהרמב"ן הביא ראיה לדינו שהרי מוכר שור לחבירו ונמלא נגחן אי לאו דמוי א"ל לשחיטה מכרתיו לך הוי מקח טעות ואף על גב דלא אתני לוקח אע"ג דרוב שוורים נגחנים כדאמרינן רוב שוורים לאו כהוק' שימור קיימי ע"כ וכתב עלה המח"ה וז"ל ולא הבנתי זה דהא קי"ל כפ"ק דב"ק דפלגא נזקא קנסא משום דסת' שוורים בחזקת שימור קיימי עכ"ל ונראה דלא ק'מ דהרמב"ן ז"ל גרים בס' ר' יהודה דקי"ל כוותיה כמאי דתנן בב"ק דמ"ס ע"ב מתני' קשרו בעליו וכו' ר"י אומר תם חייב ומועד פטור וגרס התם ר"ת בר' ר'י קא סבר סתם שוורים לאו בחזק' שימור קיימי ופי' התו' דלאו בחזקת שימור חשיבי לבעלים ונטרי להו סמי' פחותה וכו' ומיהו בין לר"מ בין לר"י סברי שפיר פלגא נזק' קנסא עכ"ל הרי דלר"י דקי"ל כוותי' סתם שוורים בחזקת נגחנים בעיני הבעלים ונטרי להו ואפ"ה אם נמלא נגחן הוי מ"ט אי לאו טעמא דמוי א"ל לשחיטה מכרתיו ודוק' ונחזור לענינינו דמ"ש במח"ה דדין זה איירי בלא נתן דמים ארבה מדברי התו' דקידו' נראה דאיירי בנתן מעות ולהכי פרש"י דסבר וקביל וכתפסי כאמתחות הפוס' את זה ראיתי חשו' להרב משא מלך הובאה בת' מהרש"ך בח"ב סי' קי"ו שכתב וז"ל ונראה דדעת בעה"ט ז"ל וכו' וכיון דבעל הס"ס הולרך לפרש ד' אביי ולבקש עליהן ישוב ש"מ דהוא טעם נכון כיון שאין שום נפקו' בינו לרבא בדברי הבריתא ולכך כ' דינא של הברית' בטעמא דאביי ולכך כתב גבי משך ולא נתן מעות שעדין לא נקנו לו והטעם לפי שהוא ודאי מק"ט ולא שייך ביה אבעי לעיוני אבל במשך ונתן מעות דאיכא למימר דכשמשך איבעי ליה לעיוני כ' דקנה קנין גמור וכו' עכ"ל ומהרש"ך ז"ל בתשו' על דברי הרב הנז' נראה שהסכים לתירוץ זה כמו שיע"ש למדנו מדבריו דסבר דרבא לא פליג אאביי הגם שהרב כתב כיון שאין שום נפקותא בינייהו והרואה יראה שיש נפקותא גדולה ביניהם לענין מקח וממכר הגם שבפי' הברייתא ליכא נפקותא מ"מ נבירא רבה אמר' וסבר שדינו דאביי אמת וכ"ע יודו ביה ומ"מ ד' הרמב"ן נכונים ול"ק מה שהקשה המח"א וק"ל · ואיך שיהיה למדנו מדברי מהר"ר אליהו שכתבו התו' בקידושין וכתובות דס"ל דחילוק זה הוא אמת לדינ' הגם שבש"ס נאמר אליבא דאביי לית לן בה ומא"ח ומא"ח ולא פליגי וקלא תימה על הרב מש"ל שלא הביא כלום מכל זה ומ"מ דינו דין אמת כנלע"ד ודוק

עוד ראיתי להרב בר"ו שהביא דברי הרב הפוסק המובא ללוקח והורף דבריו הם דהגם דמריב' אם נשתמש מחל כל זה לא נאמר אלא במקח דשוה כסף אעפ"י שיש בו מום אבל בכ"ד דאינו שוה לכלום שהרי אינו נובע כלל והוי כדבר שאין בו ממש אפי' אם נשתמש אחר שראה המום לא מחל דמעיק' לא חל המכר ולא מכר ליה מידי וכתב דענייניס כאלו דומים למוכר איסורי הנאה שאין בהם דין מכר כלל וק"ד וכאמת אני רואה שהרב הפוסק הפריז על המדה בזה והרי דברי הרשב"ם שהוא עסוק בהן בויין קיוכתיה דב"ד הארגמן אינו נובע כלל ודימהו לדין מוכר זרעוני גינה ולא למתו ואעפ"י כן כתב דאם מכר מהם או הוליכם למקום אחר למכור הרי ראה ונשתמש והוי מחילה ואין לנו לברות חילוקי' מדעתינו אשר לא שערום הראשונים ז"ל ומה שרימה ענין זה למוכר איסורי הנאה שאין בהם דין מכירה כלל רואה אני דאעיקרא הדינא קשיא שהרי מסוגיא זו דבכורות שהזכרנו בלקח גרוטאות מן הגוים ומלא כהן ע"ז שאמרו ואם אחר שנתן מעות משך יוליך הנאה לים המלח ומוקמינן לה התם בשקיבל עליו לדון בדיני ישראל ואי משיך אין אי לא לא ופריך אי הכי קשיא רישא דתני אם עד שלא נתן מעות משך יחזיר ואמאי יחזיר כיון דאיכא משיכה ומשני הכוי רישא מקח טעות דלא ידע דהא לא יהיב ליה זוזי סיפא לאו מקח טעות הוא דכיון דיהיב זוזי כי קא משיך אבעי ליה לעיוני והדר ממשך ע"כ הרי מבו' דאפילו באיסורי הנאה והגוי קבל עליו לדון בדיני ישראל ואפילו הכי כיון דאבעי ליה לעיוני ולא עיין חל המקח והוי שלו ווליך הנאה לים המלח וממיל' הוא הדין אם עבר ומכר מהם הוו כשלו דלא גרע מדהו"ל לבדוק ולא בדק דקנה ווליך הנאה לים המלח והגם דרבא שם מוקי לברייתא בטעמ' אחרינא דרישא דלא יהיב זוזי לא מחוי כע"ה כיד ים' סיפא דיהיב זוזי מחוי כע"ה כיד ישר' וקי"ל הלכתא כרבא לגבי אביי כבר כתבתי משם תשו' מהר"י ן' עזרא ז"ל שכתב דכיון דבש"ס הולרך לפרש דברי אביי ש"מ דטעם נכון ומוקי פי' דברי הטור אליבא דאביי בר' דסבר הרב דדינו של אביי אמת לדינא וכן דעת הר' מח"א דפריך מסוגיא זו בפשיטות אדברי הרמב"ן נראה דסבר דהלכתא כיא ומעתה מה שדחה הרב בר"ן לדברי הרב הפו' דזה מקרי שוה כסף שתרמי' בו לבני אדם והאריך בזה לדודי אין לורך לזה דאפי' תימא דבאמת שאינו שוה כסף כלל אפ"ה חל המקח ויסיקנו תחת תבשילו ולא גרע מבר ממנו או נשתמש מדהו"ל לבדוק ולא בדק דאמרו דמחל והוי קנין ויוליכם לים המלח וה"ב דבוותא ועדיפא מינה אם מכר דהיינו נשתמש דפשיטא דמחל וקמו ברשותיה ·

ואתה תחזה דסוגיא זו הוויא תיובתיה דהרב התבי"ב ז"ל במה שחילק וכתב דאף לס' זו דיש מ"ש לא אמרו אלא בבחינה שתלויה בנסיון אבל בבחינה התלויה בראיה לא שאפשר שהקפיד לראות ולא הביט יפה יע"ש שהרי ענין גרוטאות של כסף דיש בהן ע"ז לא תלו אלא בראיה בעלמא ולא בבחינה ולא בטעימה ולא בנסיון ואפי' הכי אמרו עלה בש"ס דלא הוי מקח טעות כיון דאבעי ליה לעיוני ולא עיין נתחל וכבר הרב בר"ו

דקה

דהא דבריו מתשו' הרדב"ז ועש"ב וכבר ראיתי להרב באר מים חיים בתשו' ח"מ סי' כ"ג שכתב דלא יכול להלום חילוק זה עיש"ב ובשיותי כזה עמדתי על תשו' הרשב"ש בסי' שמ"ו שנשאל על ראובן שמכר חבית לשמעון וכו' ובעוד שהוא מערה לתוכה יין נשברה החבית ומלא בה שבר. ישן וכו' וכתב בתשו' שהוא פטור מדמי היין לפי שלא גרם לו הזק והוא אמר לו שאמת שעירה מתנה היין והיה לו לקובה לבדקה וכיון שלא בדק קודם שנתן לתוכה יין איהו דאפסיד אנפשיה הילכך המוכר פטור מדמי היין וחייב בדמי החבית אם ניכר שנשבר ההוא ישן עכ"ל וק"ל בה דמהאי טעמא גופיה שפטרו הרב מדמי היין מהו"ל לבדוק ולא בדק הו"ל לפוטרו גם כן מדמי החבית שהי"ל לבדוק ולא בדק ונראה שדעת הרב בזה דכיון דבכ"ד שא"ל הלוקח למוכר חבית זו יש בה שום שבר או נקב והשיבו שהיא שלימה ותמימ' ואינו מוכר לו אלא כלי שלם א"כ פשיטא דעליה קא סמיך שהיא שלימה ולא אמרינן בכי ה"ג הו"ל לבדוק ולא בדק אבל מ"מ לא מהני זה לחייבו למוכר אף בדמי היין שזה גרמא בנזיקין הוא וכ"ן דעת הר' משפט צדק ח"ב סי' מ"ט דל"ט ע"ד יע"ש וכ"כ הר' בכה"ג בתשו' יע"ש:

עוד ראיתי להרב בר"ו שכתב וז"ל גם מ"ש הר' בפו' ה"י דכ"ד זכה הלוקח ויכול לחזור בו אפילו לס' היש מ"ש שהביא ה"ה והוא מדין מקבל עליה כל אונסא דמחליד דקי"ל דלא קבל עליו אונס דלא שכיח דלא אסיק אדעתיה כ"ש וק"ו בכ"ד שלא קיבל עליו בפירוש המומים שהרי קנה בסתם ואנחנו באים לחייבו מטעם שהיה יכול לנסותו ולא ניסהו מחל בודאי הנמוד דלא מחל המום דלא שכיח בכ"ד שנמצאת הדודיה שאינה צובעת כלל עכ"ל וכו' עליו הרב בר"ו אחרי המחי' מכת"ר דלא מקרי בכ"ד אונסא דלא שכיח שהרי כתבנו לעיל משם הרשב"ץ ועינינו הרואות שהרבה מיני זיופים שכיחי בכל מיני לצבועי' וא"כ בכ"ד הו"ל כאונסא דשכיח טובא עכ"ל ואני עם שאין ידיעתי מכרעת מ"מ לע"ד דהדין עם הרב הפוסק בזה שהרי עינינו הרואות לאלפים ולאלפות שמוכרים ולוקחים צבע של קרמז ועין לא ראתה שיש מין קרמז שאינו צובע כלל וכו' דאלו ומנסו היינו שלפעמים מזה צריך ד"מ עשרה דרהים ומזה צריך שנים עשר וכן ע"ז הדרך הן חסר הן יתר אבל שימצא קרמז שאינו צובע כלל הא ודאי דהוי מלתא דלא שכיחא והרי כתבנו לעיל משם התו' דבכורות שכתבו ואע"ג דבשאר מק"ט לא אמרי' הכי שאני לוקח גרוטאות וכו' הרי דפסיקא להו להתו' דבשאר מק"ט לא הו"ל לאסוקי אדעתיה ואע"ג דנראה דאין כן דעת תשו' הגאונים היינו במידי דשכיח ולא שכיח אבל בכגון זה דנמצא דאינו צובע כלל זה ודאי לא לא שכיחא כלל אבל מ"מ אמת הדבר דס' היש מ"ש אינו ענין לכ"ד דאינו ניכר אלא ע"י טורח וכמ"ש הרב בר"ו ולדידי הא דכ"ד הרי זה דומה למוכר לחבי' כסף סיגים ונמצא בדיל דפשיטא דהוי מום ויכול לחזור דהגם דנחית הלוקח אדעתא דכסף סיגים מ"מ יש בכלל הכסף סיגים כסף ממש דהיינו שבחתיכה כסף סיגים שהיא עשרה דרהים יש בה ה' דרהים כסף ממש ורגיל להיות כן והוא גם כן אדעת' דהכי קא נחית אבל שיהיה בדיל ואין בו שום כסף לא קא

נחית וה"נ בכ"ד ממש דהלוקח אדעתא דקרמז גרוע קא נחית והיינו שמה שקרמז הטוב צובע בי' דרהים זה הגרוע צריך עשרים אבל שלא יהיה צובע כלל ועיקר ודאי אדעתא דהכי לא קא נחית ופשיטא דהוי מום ומקח טעות ואלו הדברים ברורים לענ"ד ודוק:

והנה אמת שכתב המרדכי בפ' הספינה משם הא"כיאסף דהמוכר לחבירו כסף צרוף ונמצא כסף סיגים שאינו יכול לחזור בו ופסקו מור"ם בש"ס רל"ג ואפשר שיאמר האומר דה"ה במוכר כסף סיגי' ונמצא בדיל דמאי שנא אבל בר דויקנא שפיר קחזינ' דאעיקרא דמלתא דברי הא"כיאסף אינם מוסכמים להלכה דקשה עליה מההיא דיפות ונמצאו רעות וכן הקשה מהרשד"ם ז"ל בתשו' ח"מ סי' שפ"ה וכ' דס' יחיד היא וכן הק' הש"ך שם וכתב דהרא"ש פליג אהא"כיאסף גם מהר"ם ז"ל בתשו' הביאה המרדכי בפרק המפקיד במכר טבעת זהב ונמצא עופרת בתוכה יע"ש והגם דיש ליישב בפשיטות דמא"ח ומר א"ח ולא פליגי דמהר"ם איירי בכלי העשוי לתשמיש דקפדי אנשי בהכי ואפילו אם יחזיר לו אונאה לא ניחא ליה בהכי אלא בחפץ מובחר הוא רוצה ולהכי הוי מקח טעו' והא"כיאסף מיירי בשברי כסף שעומדי' להתיך ולצרף ולהכי דן ביה דין אונאה ולא דין מום וכן ראיתי להמח"ה דיני אונאה סי' ו' יע"ש מ"מ דעת מהרשד"ם והש"ך והרב משפט צדק בח"ב סי' מ"ט והש"י דף כ"ב דגם בכה"ג הו"ל כדין מכר לו יפות ונמצאו רעות ולהכי נדחקו בפי' הא"כיאסף ופירשו דכונתו דאין המוכר יכול לחזור משום דהוי מין א' אבל זהב ונמצא כסף שהם שני מינים יכולים שניהם לחזור בהם ואף אי נימא דהעיקר כדברי הא"כיאסף וכמ"ש הרב מח"א נ"ל ברור שלא כתב כן אלא במכ' כסף צרוף ונמצא סיגים דבכלל מאתים מנה והרי יש יש בו כסף צרוף כשיזדקק אבל במוכר כסף סיגים דמ"מ יש בו כסף וכשנמצא בדיל הרי מין אחר הוא שאם קל"פנו במצרף ובמטהר כסף לא ישאר ממנו מאומה ובכי הא גם הא"כיאסף מודה והנה הרדב"ז בתשו' ח"א סי' ע"ד כתב על מי שמכר לחבירו כסף או זהב כדי לזקק אותו ונמצא חסר יותר משתות אם יוכל לחזור על המוכר מדין מום והשיב דהדבר ברור שאינו נקרא מום אלא הדבר שאינו רגיל להיות באותו החפץ אבל הדבר הרגיל אינו נקרא מום והרי הזהב רגיל להיות בו כסף וכו' ולכך לא נקרא זה מום כלל וכו' יעש"ב והנה הרב ז"ל לא הזכיר דברי הא"כיאס' ולא דברי החולקים ובאמת שאם באנו לדון בר' דהך דהרדב"ז כ"ע יודו בה דהא כ"ד הוי במכר לו רעות ונמצאו רעות ביותר דהשיא דהא"כיאסף והרא"ש דפליג עלי' איירו במכר לו כסף צרו' ונמצא כסף סיגי' דהוי במכר לו יפות ונמצאו רעות דדעת הרא"ש לומר דהיא היא דיכא דמתני' דתני לוקח יכול לחזור ולדעת הא"כיאסף י"ל דשאני מתני' דאי אפשר להחזיר הרעו' שיהיו יפות ולהכי חוזר אבל בכסף צרו' ונמצא סיגים הרי יכול הצור' להחזירם לכסף צרוף ע"י הצירוף והוי שינוי החוז' לברייתו דקי"ל דלא הוי שינוי כמבו' בח"מ סי' ש"ס ובש"ך שם ס"ק א' וכ' וגם מין אחר אינו דהכל מין כסף וכ"ש תשו' מהר"ם ז"ל בטבעת זהב שנמצא בדיל או עופרת בתוכה דפשיטא דלא דמיא כלל לבא דהרדב"ז ז"ל דהתם כלי זהב מכר

לו

לו ללבישה וקפדו אנשי בהכי אפילו אם יחזיר ההפרש נמי דכיני כיני ודלא כמהרמ"א הובאה תשו' בס' כרם שלמה שתמה על הרדב"ז מתשו' מהר"ם דלית' וכמו שדחה דבריו הר' נר"ו וכבר ראיתי למורינו הרב בכ"ד של שלמה בח"מ סי' י"א ולספ' חסד לאברהם ח"מ סי' י"ו שדחו דבריו עי"ש אבל כ"ד דהרדב"ז הוי גרוטאות ועומדות לזיקוק ואעיק' רעות מכר לו ע"מ ליפותם ולהחזיר לו ההפרש מאי דכיני כיני א"כ מה לי מעט או הרבה נמלא בהם סיגים מה לו לבטל המקח אפילו אם יש בהם אונאה יתר על שתות והגם דבכל דוכתא קי"ל דיתר משתו' הוי ביטול מקח ואפילו אם ירצה להחזיר לו אונאתו לא שני מ"מ יש לומר דשאני הכא דמכר לו ע"מ לזקק דהוו כמתנה כפי' דאפילו אם ימלא יתר על שתות יחזיר לו אונאתו והמקח קיים ומה שראיתי לו ז"ל שכתב בתשו' וז"ל וא"ת יבא עליו מטעם ביטול מקח כמה תשובות בדבר חדא שהרי שהה יותר מכדי שיראה לתגר וכו' ותו כיון שלא הראה אותו והתיכו סבר וקביל ותו כיון ששינה בו יכול לומר לו אם מתבטל המקח תחזור הדבר לכמות שהיה וכו' יע"ש ואני העבד אחרי נשיקת עפרות רגליו אומר אני שבכ"ד אינו תלוי בראיה לתגר דכגון זה עין רואה שאפילו האומנים המובהקים אינם יכולים לעמוד על הדבר הטב ולפעמים שחושבי' שהעייאר של כסף יחסר עשרה למאה וא"כ ע"י השתכה ימצא חסר הרבה ובפרט אם הוא כסף סיגים שעולה שלשים דרהים כסף מהמאה כל האומנים טועים בו שזה אומר אפשר שיעלה עשרי' וזה אומר כב"ה וזה אומר שלשים למאה באופן שאין לו מכיר עד שיותך והרי כלשון השאלה כתוב כיון שאין ניכר המום אלא מחמת השתכה דומיא להא דכתב הרמב"ם וכו' ולדידי דמי ממש לאבנים המזוייף שאין יכולים לעמוד עליו כי אם בבקיעה ומ"ש כיון שלא הראה אותו סבר וקביל ותו כיון ששינה וכו' לא הבנתי דבריו דהא כ"ד קנאו כדי לזקק אותו ונראה ברור שהיה המכר ע"מ כן דכפי שיעור הכסף הנמצא אחרי הזקק יחזיר לו ההפרש מאי דכיני כיני וא"כ מאי סבר וקביל איכא הכא ועוד מאי ותו כיון ששינה וכו' שהרי ע"מ כן קנאו כדי לזקק ולעשות זה השנוי והנראה ברור ליישב דברי הרב ז"ל דכ"ד הוא בקונה כסף מחבירו וחשב שיש בו חמשים למאה כסף צרוף וקנאו כאלו שיעור והיינו כשיעור הכסף שבו וכוונת הקונה היא לצרפו ולעשותו כסף מזוקק והתיכו לעצמו ומצא שיש בו אונאה יתר משתות דבודאי אם היה פחות משתות הויא מחילה ואם היה בו אונאת שתות קנה ומחזיר אונא' ועכשיו שיש בו יתר על שתות הלוקח רוצה לבטל המקח כדין שאר סחורות והמוכר אומר היה לך להראות הכסף לאומן אם יעלה כשיעור זה אם לאו ואם היית מחזירתו לי כמות שהיה הייתי מוכרו לנכרים או אחזירנו לבעליו ועכשיו שניכר חסרונו הרי הפסדתני וע"ז השיב דהיה לו להראות לתגר וקי"ל להרב שבאותו זמן היו האומנים מבחינים בקירוב ועכשיו שעבר זמן כבדי שיראם וכו' שוב אינו יכול לחזור בו וגם כיון שהיה יכול להראות ולא הראה סבר וקביל ועוד כיון ששינה בו והתיכו מבלי שיראנו לתגר יכול לומר לו אם תבטל המקח תחזור הדבר לכמות שהיה וכו' ותו דדמי למשחק בקוביא דאגב דסובר להרויח גמר וקנה אעפ"י שיפסיד אבל בקונה בתנאי לזקק המקח קיים אף אם ימצא חצי שיעור ממש שאמרוהו לית לן בה דכל תנאי שבממון תנאו קיים והדברים פשוטים וק"ל ׃

ובכן לא קשיא מה שיש לעמוד על דברי הרדב"ז דאמאי לא יליף לכ"ד מק"ו מד' האביאסף שהרי אפילו במכר כסף צרוף ונמצא כסף סיגים כ' האביאסף שאינו יכול לחזור בו ק"ו במכר סיגים ונמצא רע יותר דפשיטא דאינו יכול לחזור וגם ק' דלא שכיח שהיה דמכר לו רעות ונמצאו רעו' ביותר דהיא היא ממש כ"ד דהרב ז"ל וכמה שכתבתי ניחא דאין ענין האביאסף לכ"ד דהרדב"ז דהאביאסף עיק' חידושו לא בא כי אם לאשמועינן דאין זה מום וחוזר לעולם כיון שיכול לחזור לברייתו ע"י צירוף ולכ"ד ליפות ונמצאו רעות דהא אפשר לתקן אלא דינם כדין אונאה ואם יש בו פחות משתות הוי מחילה ואם הוא שתות קנה ומחזיר אונאה וכך שכיח דבריו מרן בב"י ומור"ם בהגה אבל בנמצא יתר על שתות לא נתבאר בדברי האביאסף כי אפשר דסבר דחוזר כדין כל יתר על שתות דהוי ביטול מקח אבל בכ"ד דהרדב"ז עיקר השאלה אי יתר על שתות הוי בטול מקח אם לאו ותחילה ביאר דפשיטא דדין מום אין בו וחזר הדין לדין אונאה ולסוף כתב דאם יבוא עליו מדין ביטול מקח שהיא יתר על שתות הרי כמה תשו' בדבר דעבר זמן כדי שיראה לתגר ותו אפילו היה בתוך הזמן כיון דהתיך ולא הראה סבר וקביל ותו כיון ששינה בו וכו' ותו דדמי למשחק בקוביא וכו' וכל זה איננו ענין לדברי האביאסף ׃ ומצאתי למרן מלכא בב"ד הצדק סי' הנז' דרמי ומקשי אד' האביאסף דהרי קי"ל כל תנאי שבממון תנאו קיים וכיון שהתנה ליתן לו כסף צרוף צריך ליתן לו כמו שהתנה שיהיה בלי פסולת כלל וכמו שמכר לו שמן מזוקק שצריך שיהיה בלי שמרים כלל ואפילו על פחות משתות הא קא קפיד ומכח קושיא זאת סברת דחייב להחזיר ההפרש אפילו בפחות משתות ומ"ש מרן ומור"ם דמחזיר אונאה היינו באונאה אפילו ש"פ דמקריא אונאה כיון שהתנה עמו יעש"ב ואני עם שאיני כדאי לחלוק על דבריו מ"מ אחרי נשקת המתי' מעצמותיו הקדושים לדידי חזי דדבר גדול דבר הנבי' וכל כי האי לא היו סותמין דבריהם מרן ומור"ם ז"ל האמנם אמת הדבר כי הרב ז"ל חשב שפי' כסף צרוף הוא נקי ובר מכל סיג וחלאה אבל על האמת אינו כן אלא פי' כמו שאנו קורין פ'ילס רובאן שאין במשמעות לשון זה שהיא נקיה מכל וכל כי עינינו הרואות שכל כסף הכלים שנקרא בלשון בני אדם כסף צרוף הוא שמונים למאה כי פה כאר"ץ הלזו אין כסף טהור ונקי מכל וכל כי אם הנקרא תלנאס דוקא ושאר כל כסף צרוף הנמכר בשוק במשא ומתן הוא לערך כ"כ למאה מ"מ ומה שבא מעיירות אחרים יש מהן ז' למאה ויש מהם פ"ח למאה וכל הכסף המתוכן ע"י עושה המלאכה הוא קרוב לשמנים למא' כי הכסף שהוא נקי ובר מכל וכל לא יצלח למלאכה מחמת רכותו כאשר נודע כל זה להבקיאים ומעתה מי שמוכר לחבירו כסף צרו' לעשות כלי אין משמעו' לשון זה שיהיה תלנאס אלא שיהיה צרוף כנוהג שבעולם והא ודאי שבכל זאת הדמים מודיעים שאותו התלנאס

החלבאם היא ידועה ומפורסמת ומי שמוכר כסף צרוף כשהם חוזר דינו כשאר סחורות דאם יש בו אונאה בפחות משתות לפי חסרונו מחשבון החלבאם הוי מחילה ואם שתות קנה ומחזיר אונאה ואם יש בו אונאה יתר על שתות הוי ביטול מקח האמנם כאמ' מודינא דמי שמוכר לחבירו כסף חלבאם שפי' נקי וטהור מכל וכל אז ודאי בכה"ג חייב להחזיר אפילו בכל שהוא כנ"ל וכן בזהב ה"נ דוכוותיה דמי שמוכר על עוי"אר הוי פי' זהב טהור מכל וכל וחוזר אפילו בפחות משתות אבל המוכ' סתם זהב טהור אין כונתו שיהיה על עוייאר כי כל הזהב העשוי למלאכה הוי כ"כ קיראט המיתקאל מ"מ ואם נתן לו גרוע יותר חוזר הדבר לדין אונאה כנלע"ד · ואיך שיהיה הנה נדון שלפנינו לא דמי לא דהאכיאסף כלל וכמ"ש ובאמת שהוא דומה ממש לנ"ד דספ"מ כאשר יראה המדקדק בשאלה ששאל לפני הרב ז"ל ותשו' הרמתה דשם בשאלה כתוב. נקי מכל דמי אונאה וכו' ופי' דברים אלו כ"ל דר"ל שכבר עבר זמן בכדי שיראה לתגר או פי' שתנאי היה ביניהם ע"מ שאין לו עליו אבל לפי זה קשה דמנ"כ אם פי' כמה אונאה יש בו ואפי' לשליש ולרביע אין זה נראה מלשון תשו' הרב כאשר אזכיר ואם לא פי' הרי לא יועיל תנאי זה וכמו שפי' מרן ז"ל ודוחק לומר שהיה כן מנהג הסוחרים כמ"ש הרדב"ז ונראה שפי' הראשון עיקר וכתב הרב בתשו' וז"ל ולא מבעיא בכ"ד שהוא שני מינים מחולקים לגמרי אלא שאפילו היה כמונח שהכל מין א' מ"מ כיון שמה שמכר לו אינו שוה לשליש ולרבי' מהערך שמכר לו א"כ מסתמא כי קנה ממנו יפה קנה שהדמים מודיעים וכו' ואם כן בכ"ד שבא בשאלה שקנאו על חד תלת מדמי שוויו ודאי שהוא כמוספו שהוא יפה ונמצא גרוע שגם בזו חוזר לעולם אפילו בדליכא אונאה בדמים וכו' וההיא דהאכיאסף דכסף סיגים דמשמע מינה דמוכר יפות ונמצא רעות דאינו חוזר בכר תרגמה מרן בכ"י דבלא אונאה איירי עכ"ל וטובא אנו למדין מדברי הרב ז"ל דלא מבעיא אם סקרמז אינו נובע כלל דהא פשיטא דהוי מין אחר אלא אף אם הוא נובע קצת אלא דבפ' שיעור נביעתו שוה לתלי דמיו וכ"ש שליש מ"מ דינו הוי כמכר לו יפות ונמצאו רעות שחוזר לעולם ומוכיח הדבר לפ' אליבא דהרב ז"ל דמ"ש בגמ' אמר רבא הלכתא פחות משתות נקנה מקח יתר על שתות ביטול מקח שתות קנה ומחזיר אונא' וזו"ז בכדי שירא' לתגר וכ"פ הפוס' ופשיטא דמ"ש יתר על שתות ביטול מקח אין שיעור למעל' דיהיה מה שיהיה דינו בכדי שיראה לתגר ולא יותר וצ"ל אליביה דליכא הש"ס איירי דאין שינוי בסחו' עצמה הטובה היא אם רעה אלא דשניהם מודו דהיא כיא אלא דנתאנה הלוקח בשומא וחשב שכך היא שוה וטעה בדמיונו ביותר משתות אבל אם נמצ' שינוי בסחורה מטובה לרעה וע"י כן היתה האונא' ביותר על שתות חזר הדין למוכר לו יפות ונמצאו רעו' דחוזר לעולם ולא בכדי שיראה לתגר והשתא דאתינא להכי דהדמים מודיעים וכל שנמצא גרוע ואינו שוה בדמים חוזר לעולם אמינא דגם במכר לו רעות ונמצ' רעות ביותר אם אין הדמים מודיעים דהיינו שאלו הרעות ביותר שוים כמו שקנה אלא שאין הלוקח רוצה בהם מפני הרוע שנתחדש לו בהן אז אין יכול לחזור בו אבל אם הדמים מודיעים שאלו הרעות שקנה

שוים ד"מ עשרה גרוש ואלו שנמצאו רעות ביותר שוים חמשה גרוש הרי חוזר דינם להיות כמכר לו יפות ונמצאו רעות כיון שהדמים מודיעים דלא קנה אלא כעשרה אלא לפי שהם יפות כנגד אלו כנ"ל לדון מד' הפ"מ וע' בת' הנ"כ ח"מ ס"ס י' שכ' דבית' על שתות לכ"ע הדמים מודיעים יע"ש ובסי' ו"א וי"כ . אכן תשו' הרדב"ז שהבאתי נראה דלא סבר לה הכי שהרי כתב וא"ת יבא עליו מטעם ביטול מקח כמה תשו' בדבר מדא שהרי שהה יותר מכדי שיראה לתגר ואפילו מכר לו שוה ק' בר' אין לו עליו כלום וכו' ואם איתא דסבר כהפ"מ הא ודאי דאם מכר לו שוה ק' בר' אין תלוי הדבר בכדי שיראה לתגר אלא לעולם חוזר משום דהדמים מודיעים והוי כמכר לו יפות ונמצאו רעות האמנם כדי דלא לאפושי פלוגתא ולקרב הדעות נימא אנן דאף הפ"מ לא אמרה אלא במכר סתם דאז הדמים הם מודיעים דמכר לו יפות אבל במוכר רעות בפחות מכדי דמי היפות מחמת רעותם לא אמרי' דהדמים מודיעים שנמצאו דמיקרו יפות לגבי רוע שנמצא כעת דמ"מ רעות חשבינן להו וחוזר דינם לדין אונאה ולהכי בכ"ד דהרדב"ז דמכר לו כסף סיגים מתחילה כדי לזקק אותם א"כ הו"ל מכר לו רעות ואף אם נמצאו רעות ביותר והוו תלי שיעור דמיהם לית לן בה ואין להם אלא דין אונאה ואם עבר זמן בכדי שיראה לתגר שוב אינו יכול לחזור בו אבל במוכר סחורה בדמי הסחורה הטובה ושוב נמצאת רעה בכולי עלמא אמרי הכי יודה הרדב"ז דהוי כמוכר יפו' בפי' דהדמים מודיעי' ואין זה תלוי בכדי שיראה לתגר אלא דלעולם חוזר וכמו שכ' הפ"מ · האמנם עדין נראה לכאו' דלא פלטינן מפלוגתא מתשו' הרשב"ץ שכתבנו למעלה דנ"ד האסטים רע למאד ורצה הקונה לחזור וכ' הרב בתשו' שענין האסטים יש בו זופים רבים וזה המוכר לא אמר לקונה אסטים טוב ומובחר אני מוכר לך וכו' ולכן אין לבא בדין זה אלא מצד האונאה יע"ש באורך ואם איתא דסבר לה כהפ"מ הו"ל להר' לחקור אם קנה בדמי אסטים טוב הרי הדמים הם מודיעים שאסטים טוב מכר וכיון שנמצא רע למאד הוי כמכר לו יפות ונמצאו רעות ואין לבא עליו מצד האונאה ושמא י"ל דכיון דהרב ז"ל בכ"ד פליט ליה מדין עד שירא' לתגר מטעם שאינו ניכר אלא עד שעת צביעה ובכ"ד הרי צבע וחזר על המוכר וזכהו בדינו דבטל המקח מש"ה לא חש לה הרב לזכוהו מטעמא אחריני' דהדמים מודיעים דממ"נ הרי הוא זכאי בדינו וצ"ע ואגב ראיתי לדקדק בלשונו ז"ל שכתב אם הקונה הזה עתה נתבאר לו בעת הצביעה שהפסדו ויש לו שיעור אונאה וכ"ש יותר בטל המקח וחוזר לבעליו עכ"ל וק"ק דהו"ל לומר אם יש לו שיעור אונאה קנה ומחזיר אונאה ואם יותר בטל המקח ולפי לשונו ז"ל משמ' דכיש שיעור לו אונאה דהיינו שתות בטל המקח ושמא לישנא קייטא הוא ולא דק בלישניה וק"ל ומה שסיים הפ"מ ז"ל וההיא דהאכיאס' דכסף סיגים דמש' מינה דמוכר יפות ונמצא רעו' דאינו חוזר בכר תרגמ' מרן הכ"י דבלא אונאה מיירי ע"כ כונתו מבוארת לו' דלא תקשי הא"ש הוא ז"ל דאפילו במוכר סתם אם הדמים מודיעים הרי כאוקח טוב מכר לו ונמצאו רעות דחוזר לעולם ומדברי האכיאס' נראה דבמכר כסף צרו' ונמצא כסף סיגים אינו יכול לחזור ושא ודאי

דהדמים

דהדמים מוליעים בין לרו' לסיגים וכתב דהיינו חוזרן ותי' דל"ק דגם בכסף סיגים הגמלא אין בינו לבין הכסף לרו' שיעור הונאה ובכי הא שניהם נקראים כסף לרו' ולא מקרו אלו יפות ואלו רעות ומאי דקרו ליה כסף סיגים היינו דיש בו איזה סיג אבל מ"מ כיון שאין בו שתות לא מקרי רעות ומש"ה אינו יכול לחזור בו שהרי יצדק להקרא בשם כסף לרו' כל זמן שאין ביניהם הפרש של פחות משתות וכ"ז דלא כמוכ' שהכריח מוה"ר ז"ל בכ"ר בנלע"ד וק"ל האמנם כל זה ליישב דברי האכיאס' דלא תקשי ליה מתני' דתני יפות ונמלאו רעות לוקח יכול לחזור בו אבל מ"מ דעת הרא"ן ורבנן בתראי והם מהרש"ס והמ"ל והש"ך והש"י כלם סברי דלא כוותיה דבלרו' ונמלא סיגים דיכול הלוקח לחזור ואפי' בפחות מכדי הונאה וכודאי דכוותייהו נקטינן דרבים נינהו וכשאני לעצמי עם שידעתי שאין הכרעת תלמיד מכרעת לדידי חזי דלא אמרה האכיאס' אלא בכגון הא דכסף לרו' ונמלא סיגי' דלא הוי שינוי כלל לענין גזילה דאם היה כסף לרו' ועירבו עם סיגים ל"ק דהרי זה שינוי החוזר לברייתו דלא הוי שינוי אך מאי דק"ל לס' הרא"ן שהביא הש"ך דפליג האכיאס' וכודאי דסבר דשינוי החוזר לברייתו הוי שינוי ולהכי הכא דינא הוא דהוי שינוי והרואה יראה דדעת הרא"ן כדין הגזילה דשינוי החוזר לברייתו לא הוי שינוי וכמ"ש הש"ך בשמו בסי' ש"ס ס"ק א' וכ' יע"ש ואין בידי ס' הרא"ן לראות בעיקר דבריו דצריך טעם לחלק ביניהם וצ"ע •

ומעתה אסוכה לי לענין כ"ד דנראה דלדינא לא מבעייא אם המלא ומלא שאינו לובע כלל דהוי מין אחר אלא אפילו אם הוא לובע קלת של שכפי דמים שקנאו עולה לחלי שיעור מ"מ הרי הדמי' מוליעים והוי כמי שמכר לו יפות ונמלאו רעות דחוו' לעולם וכדכתב הפ"מ והגם שנאמ' דאיכא מאן דפלי' עליה שפיר יכול המוחזק לומר קי"ל כהפ"מ • והנה ראיתי להרב נר"ו בסוף פסקי דן את הדין וזיכה למוכ' מטעם חדש והוא התנאי שעשה המוכר עם הלוקח וא"ל ע"מ שאין לך עלי אונאה וז"ל הרב נר"ו ומה שטען עוד המוכר בכ"ר שהתנה עמו בע"מ שאין לו עליו אונאה והלוקח משיב וכו' דבר זה הפלא לא עלה על הדעת ע"כ לכאורה נראה דאין בדברי המוכר כלום וכו" אמנם ראיתי להרדב"ז שכתב ואפי' הר"מ מודה לפי שכבר נהגו למחול כל אונאה ומום בלשון הזה והמנהג מבטל הלכה וכו' יע"ש ואם כן בכ"ר שא"ל ע"מ שאין לך עלי אונאה וע"ד כן קנה שוב אינו חוזר עליו וכ"ת דיכול לטעון וכו' שלא יהיה לובע כלל זה לא עלה ע"ד וכו' אף אתה אמור לו אה"נ אם כנשאר אין לו דמים כלל ולא שוה אפילו ש"פ ניח' שפיר אבל בכר כתבנו דזה שוה כסף וכו' כדי לצרכו ולפטאה ידע בלסטאותיה וכ"ש בכ"ר דהיא משונה ונרועה מתולעת הקימו וכו' ואם כן כיון דהתנה עמו המוכר ע"מ שאין לך עלי אונאה הו"ל ללוקח לאתנויי שאם איננה לובעת כלל הא לא קבלית ודמי מנום למ"ש מרן וכל הפוס' דאם קבל עליו אחריות אונס דשכיח קביל ואונס דלא שכיח לא קביל וזה הדוריה שכיח ושכיח זיוף שלה וא"כ הו"ל לאתנויי וא"כ בכ"ר שא"ל ע"מ שאין לך עלי אונאה ונהגו למחול כל אונא' בלשון הזה לית לן לחלק בין אונאה לביטול מקח אלא הכל מחל עכ"ל •

ואני עם שאיני כדאי לחלוק ע"ד מ"מ תורה היא ואיני רואה בכל זה לזכות המוכר הא' כי מה שהביא משם הרדב"ז שנהגו למחול כל אונאה בלשון הזה אינינו כלשון שאמר המוכר בכ"ר שפם כתו' בפירוש שמחל שמעון הקונה כל שאונאה וכל מום שיש במקח זה וכאן עדים על זה ואחד העיר שמחל כל דבר המבטל המקח והכ' העיר שמחל כל מום ומכר לו אל חאל'יר ועל זה השיב דאף שכתב הר"מ דלריך לפרש עד כמה מחל שהמוחל לריך לידע הדבר שימחול וכו' הרב לשיטתיה אזיל דס"ל שא"א מתחייב בדבר שא"ק וכל חכמי ישראל חלוקים עליו ועוד שאפי' הרב ז"ל מודה שכבר נהגו למחול כל הונאה וכל מום בלשון הזה וכו' יע"ש משא"כ בכ"ר דלא א"ל כי אם ע"מ שאין לך עלי אונאה דוקא מעתה אי ניחא קמיה דמר לומר דבכ"ר אין לבא עליו אלא מגד שאונאה ולא מדין המומין יפה דן יפה זיכה למוכר מל' תנאי זה שעשה עם הלוקח אבל השתא דאסברא לן דדעתו מסכמת עם האומר דכ"ד דמי למכר לו יפות ונמלאו רעות דהוי מום גמור ודינו דאפילו בדליכא אונאה חוזר וכ"ש בדאיכא אונא' אם כן מה יושיענו זה דהתנ' עמו ע"מ שאין לך עלי אונאה דאדרבה דייקינן בלשון התנאי אונאה הוא דאין לו עליו אבל טענת מום יש לו ומ"ש לחלק בין אם אין לו דמים כלל ליש לו דמים שלוקחים אותו לרמות בו וכו' לא הבנתי דבריו וכי משום ששוה כסף נפיק ליה מתורת מום והלא כל חפצי דעלמא שיש בהם מומין נמכרים בפחות מכדי דמיהן מעט או הרבה וכי נפקי מתורת בעלי מומין אתמה' וכבר כתב הרמב"ם ז"ל פט"ו דמכירה דאפילו מכר לו כלי שוה עשרה דנרין ונמלא בו מום המפחיתו מדמיו איסר מחזיר את הכלי עי"ש וה"נ דוכוותה אם הנה דכי' בכ"ר כמכר לו יפות ונמלאו רעות אפי' שיהי' שוה דמים לית לן בה וקרינן ביה בעל מום • ומ"ש דהו"ל ללוקח לאתנויי וכו' אחרי המחי' כמה רחוקים דבריו מדרכי הפסק כי מה ללוקח להתנות אדרבה עת לחשות כיון שהמוכר לא אמר לו כי אם על מנת שאין לך אונאה ולא הזכיר לו ענין המום ניחא ליה שפיר לאירת מומין כמאן דמנחא ליה בכיסתיה מאחר שלא הוזכרה וכדקאי קאי אדינא דאורייתא ואיך יזכירנו ודמיך הוי ויעוררניה ומ"ש עוד דהקימו יש בו זיופי' רבים ושכיח ושכיח והו"ל לאתנויי וכו' על זה אני או' דמר כי אתריה יושב בשבת תחכמוני ולא ירע כ"כ בטיב הסחורות אם יקרא דבר זה שכיח ואנכי בעניי הא כמה שני עובר בשוק נושא ונותן בדברים כאלו ולא שמעתי שנמלא מליאות קימז או נעים קרמז שאינו לובע כלל כי אם שיש הפרש מעט מזער שזה גרוע מזה ואיך נקרא לדבר שכיח ושכיח והוא מלתא דלא שכיחא כלל ועיקר ואף שהדוריה הואת לא ידענו מהותה אם היא שברי קימז אם היא נעים מ"מ אין עולה על הדעת כלל וכלל שלא תהא לובעת והוא פלא ועוד דמה הוכח ווכיח מדברי הרדב"ז שכת' דנהגו למחול וכי אם בימי הרדב"ז ובמקומו נהגו כן אנן בתרייהו גרירן לומר שלשון הזה יועיל ויזיל אפילו שלא פירש כמה מחל ומאן לימא לן שנהגו כן במקום שכאן משם השאלה ואדרבה ע"ד זה לא כאו רבני דמשק יע"א ולא כתבו שנהגו כן שאם אמר ע"מ שאין לך עלי אונאה דמהני אפילו אם לא פי' כמה וזו לא שמענו מדבריהם ומה שכתבו שנהגו

הרא

חדא שאם נשה ואח"כ קנה אין יכול לחזור ועוד
דאם סוכר המום ללוקח ותבעו המוכר פעם ושתים
וא"ל למחר אחן מחילה הוי ע"כ ובאמת דאם
נתבררו מכבנות אלו שוב אין הלוקח יכול לחזור אך
צריך שיהיה מנהג קבוע כינהסוח' אך את זו לא עלתה
על דל ספתם ואלו הוה מנהג' הכי לא הוו שתקי מינה
וראיתי להרב נר"ו בסוף תשו' דרמי ומקשה אדברי
הרדב"ז הנז' שכתב דהרב ז"ל לשיטתיה אזיל דס"ל
דאין אדם מתחייב כדבר שא"ק וכל חכמי ישראל
חלוקים עליו וכו' וכתב עליו דזה תימא דשיכא
דאמר אין לך עלי אונאה ומום מבואר בגמ' אליבא
דרב דקי"ל כוותיה אעפ"י שא"ל על מנת שאין לך
עלי אונאה לא מהני עד שיפרש והרא"ש פסק כרב
ועכ"ז ס"ל דא"א מוחל דבר שא"ק והניח בקושיא ·
ואני אומר דהרדב"ז ז"ל נמשך אחרי דברי הטור שכ'
על דברי הרמב"ם בדין מום דהרי זה חוזר עד
שיפרש וכו' זה נוטה לגר דבריו וכו' ואני כתבתי
למעלה שלדעת א"א הרא"ש יכול להקנות וה"ה
שיכול למחול והכי כתב שדברי רבי' נכונים וכו' וע'
דרישה ובסמ"ע סי' רל"ב ס"ק י"ו עי"ש ומוכרח
דס"ל להטור דלא אמרו כן בש"ס אלא באונאה אבל
במום לא וראיה שהטור בסי' רכ"ז לא פליג אהרמב"ם
ונטר לה עד סי' רל"ב בדין המום והמנהג ה"ה יליף
לה מק"ו מדיני אונאה יע"ש ואיך שיהיה הרדב"ז
בדבר זה נמשך אחר הטור ואין תימא עליו ·
ואפילו אי נימא דהטור פליג על הרמב"ם גם בדין
אונאה לק"מ דהמדקדק בדברי רש"י שפירש וז"ל
סתם ע"מ שאין לך עלי אונאה דלא ידע דניחול
מפרש שפירש לו יודע אני שיש בו אונאה ואני מוכרו
לך על מנת שאין לך עלי אונאה עכ"ל הרי דלרש"י
לא בעי' שיפרש שכו"כ אונאה יש בו אלא אפילו
ביודע אני שיש בו אונאה סגי אך להרמב"ם בעי
שיפרש כו"כ ובזה ס"ל לטור דהרמב"ם לשיטתיה
אזיל בענין דבר שא"ק האמנם אי אתינא לשכי ר'
הרדב"ז אינם מדוקדקים שהרי בב"ד לא אמר כי אם
בסתם ע"מ שאין לך וכו' ולא פי' דיודע אני שיש
בו אונאה ובהא אפי' ש"ר דבוותא מודו דלא מהני
ועיין בתשו' הרב מקור ברוך ס"ס מ"ג וע' בכנה"ג
שם בשם מורם לדק ועיין בכנה"ג סי' רכ"ז אות
מ"ר וק"ל ·

ואיך שיהיה לדאחן עלה לא מצאתי טעם בעיק' לבוציא דמים מיד הלוקח שהרי כלל גדול
הוא בידינו דהמע"ה ואין לטעות ממ"ש מרן ז"ל
בסי' רל"כ סי"א וז"ל המוכר בהמה לחבירו לטביחה
ונמצאת טרפה אם נודע בודאי שהיתה טריפה
כשלקחה וכו' הוי מ"ט וכו' דאז הוי ספק על הלוק'
להביא ראיה ואם לאו יפסיד ויתן הדמים אם הם
עדין בידו עכ"ל הרי שהדבר ספק ואף על פי כן
מוציאין דמים מיד הלוקח וה"נ דוכוותה בכל ספק
אעפ"י שהלוקח מוחזק מוציאין מידיה לא מכרע'
כלל דשאני התם דנולד הספק ברשותו ואמרי' דכאן
נמצאו וכאן היו והוי כחזקה דגופא דדחייא חזקה
דממונא אבל הכא דליכא חזקה דגופא ולית לן
ספיקא דשמא ברשותו נולדו המומין ובכה"ג פשיטא
דהמע"ה וכדקי"ל בכל דוכתא ואי קשיא לך ממ"ש
מרן בסעיף ט"ז וז"ל ראובן שמכר לשמעון גבינות
וכו' אם יאמרו שבעשה הריקבון בבית המוכר כמצא

שהיה מק"ט ואם הדבר ספק המע"ה ע"כ הרי
שאפילו דאיכא ספיקא דשמא ברשותו נולדו אפ"ה
אמרינן דהמע"ה ומאי שנא זה מההיא דסעיף י"א
כבר הסמ"ע והש"ך והב"ח חילקו ביניהם יע"ש באופן
דבעין נ"ד כ"ע יודו דאמרי' המע"ה והמעיין בס'
כ"א יראה דהיכא דלא נתן מעות אפילו נגד רובא
יכול לטעון שהוא ממיעוטא עי"ש במור"ס ובן מבו'
בסעיף כ"ג יע"ש וכ"מ לדידן דאם אינו נוהג בכלל
הגם דאיכא אנשי דקנו ליה לרמות בני אדם לית לן
בה דודאי לא הוו רוב הקונים לשם כך ואפילו את"ל
דאיכא רובא כ"ז שלא נתן מעות יכול לומר אני לאו
להכי קניתי אלא לזביעה קניתיו ולדעתי הגם
דאתחזק האי גברא דמתעסק בכנעים כיון דמסתמ'
קונה לזה ולזה יכול לומר לזביעה קנתיו ולא לערבו
ולרמות בו בני אדם וכל זה מתבאר ומוכח מסעיף
כ"ג יע"ש ואם באנו לחייבו מטעם התנאי שהתנה
המוכר עם הלוקח על מנת שאין לך עלי אונאה
הא כבר כתבנו דאין זה בדאי להוציא ממון מכמה
טעמי שכוכתנו לעיל ואי משום דראה ושתק דהוי
מחי' ובש' הגאון כבר הוכחנו לעיל דגם הגאון לא
אמרה אלא כשכבר נתן מעות אבל לא נתן עדין
מעות גם הגאון יודה והוכחנו כן מתשו' דפ' המדיר
דהיכא דאיכא חזקה דממונא אמרינן א"א מתפייס
במומין והגם דיד הדוחה נטויה לדחות ראיה זאת
דהא דאמרי' חזקה אין אדם שותה בכוס אלא א"כ
בודקו לאו דוקא בדק וראה ואיפייס אלא דהכן אמרי'
דכיון דלא חש לבדוק קודם כניסה מסתמא מחיל
ופו"ל כאלו ראה ונתפייס וע"ז אמרינן אדרבה אין
אדם מתפייס במומין ולא מחיל וא"נ דרובא דבני
אדם בדקי וזה לא בדק לאו משום מחילה אלא מאיזה
טעם דאפשר דבוש לבדוק או אית ליה טעמא אחרינ'
וכל זה משום דאיכא בהדיה חזקה דממונא . אבל
אי ידעינן בודאי דראה שמום ושתק מזה לא איירי
הסוגיא ואפשר דבכי האי גוונא אמרינן דודאי מחיל
ואתרע חזקה זו דא"א מתפייס במומין לגבי האי
גברא אפילו דאיכא חזקה דממונא ואם באנו לפרש
סוגיא זו כן הנה מצאנו דדינו של הרב מש"ל שכתב
דכל היכא דלא נתן מעות לא אמרי' מדהו"ל לבדוק
ולא בדק מחל מתבאר מסוגיא זו לפי פירוש זה
דעיקר פירוש חזקה שאין אדם שותה בכוס אם א"כ
בודה דכיון דדרך כל אדם לבדוק וזה גם כן הו"ל
לבדוק ומדהו"ל לבדוק ולא בדק מסתמא מחל וע"ז
דחי בש"ס דהא לא אריא דאית לן חזקה כנגדה דאין
אדם מתפייס במומין וגם חזקה דממונא ודחי להך
סברא דאמרי' הו"ל לבדוק ומדלא בדק מחל הרי בפי'
דהיכא דאיכא חזקה דממונא לא אמרי' הו"ל לשכחינו
ולנסותו ומדלא שבחינו מחל וכהסכמת הרב מש"ל
האמנם לא מצאנו הכרע לפי' זה וכל כמה דלא
מצאנו מבואר בפי' דסבר הגאון דהיכא דרא' ושתק
מחל ואפילו להוציא ממון לא אמרי' דסבר הגאון כן
והאמת יורה דרכו דדעת הרמב"ם לומר דאפי' ראה
לא הוי מחי' עד שיפרש במקח ובלשונו מתם פסק
מרן דאגן בתריה גרירן ואיך אגן נרחוק בל' הרמב"ם
ולפרשו עד להוציא ממון מה שלא מצאנו דהגאון
עצמו אמרה ועיין להרב חס"ל ז"ל בתשו' ח"מ סי'
ה' דע"כ ע"ג יע"ש וראיתי להרב מגן גבורים בתשו'
סי' ח"י בב"ד שקנה שפחה ומצא בה מומין שהביא

ס' הוא מ"ש וכתב דלכאורה הרי"ף והרא"ש פליגי ושוב כתב דל"פ אלא איירו בדבר שאין יכול לנקותו לאלתר שאם אחר זמן נתגלה שיש בו מום ולא תבע גם בזה אמרי' שמיר מחל עכ"ל וקשה על הרב איך שהם הדברים בפשיטות דאם נגלה לו המום ולא תבע מיד מחל ולא זכר כי מדברי הרמב"ם אין נר' כן גם ק"ק שלא תקן הרב בנ"ד אם נשתמש בשפחה אחר שראה המום קודם שהודיע למוכר דקרוב הדב' תאר לומר שנשתמש דהיא שפחה ולהכי היא עומדת ונשתמש ב"ע יודו דמחילה הוי ושמא דסבר הרב דאפילו אם נשתמש אם דעתו בזה שהוא דרך שכי' לתת שכר השימוש למוכר לית לן בה וכמ"ש הכנה"ג סי' רל"ב הגהב"י אות ל"ז יע"ש וק"ל · באופן דאם אינו נובע כלל נר' ודאי דהוי מין אחר ובב' ראינו להכה"ג בסי' רל"ג הגה"ט אות א' דלהרמב"ם אם משך וראה שאין זה המין אשר אמר לו ושתק מחל ואינו יכול לחזור בו אבל להטור אעפ"י שמשך יכול לחזור בו יע"ש ופשיטא דהמוחזק יכול לומר קי"ל וכ"ש דמרן העתיק לשון הטור והנה כי הנכי בעניי אינו מולא טעם וסברא לזה דאם איתא דגם בכה"ג לא מחיל א"כ אפוכי מטרחא למ"ל כיון דסופו לחזור למה ימשוך מתחי' וכ"ש לאדם פלוגתא בין הרמב"ם והטור שו"ר כיולא בזה בההיא שכתב המרדכי ופסק' מור"ם סי' רכ"ז וז"ל היה יודע הלוקח בשעה שלקחו שנתאנה ושתק וכו' לא אמרי' דמחל הואיל וידע ע"כ וכתב סמ"ע שם דלכאורה נראה דאפי' קנה ה' בו' ויש כאן ביטול מקח וידע הלוקח אפ"ה יכול לחזור בו אלא דאין נראה כן מלשון מור"ם שכתב חילוק הונאתו יעש"כ ומילי דסברא נינהו וכמ"ש ש"ך דנכר' דבה אמר מלתא ויכול המוחזק לומר קי"ל כהכה"ג דסבר כן בדעת הטור ונראה דכ"ש הוא בשתיקה דאחר גמר המקח במומין אפי' ראה דלא הוי מחי' ודמי להונאה קודם שיעור זמן שיראה לתגר ועיין בכנה"ג סי' רכ"ז הגב"י אות ח' יע"ש ולע"ד דלא זו אף זו דאם הקרמז דנ"ד לבעו באור ואינו דומה לנבע הקרמז בטוב אפילו אם יתנו שיעור מרובה הרי זה מום גמור ויכול לחזור האמנם אם הוא לנב' כשאר הקרמז אלא דבעי שיעורא רבה וכפי דמי מקנאו הוי ביה הונא' יתר על שתו' בזה אין ולאו ורפי' בידי הנס דקיימא להפ"מ דסבר דהדמים מודיעים וחזר דינו להיות כדין מוכר יפות ונמלאו רעות וגם דרינו של הפ"מ איירי שאינו שוה כי אם לב' ולהביא מ"מ כבר כתבנו לעיל משם הרב נחפה בכסף שכתב דביוקר משוה לכ"ע הדמים מודיעים ומוכרת לומר דגם הפ"מ לאו דוקא קאמר אלא לקושטא דמלתא דב"ד הכי הוה וא"ה דלפום האי טעמא אפילו ביותר על שתות שני וכדכתב הב"ב ז"ל מ"מ אפשר דבכי האי גוונא שלובע הלא דבעי שיעורא רבה והוא מכר לו בערך פחות שבערכין תיקרי מכר לו רעות ונמלאו רעות ביותר ואפשר דבכה"ג גם הפ"מ יודה ומה טוב ומה נעים לפשר ביניה' כאשר בגר הומר מע' הרב נר"ו וכ"ש אם בשטר שעשה המוכר על הלוקח אית ביה שבועה וקי"ל בכל דוכת' ספק שבועה להחמיר והנה דגם בכה"ג איכא מאן דס"ל דהוי שבועה דרבנן מכיון שלא הוציא שבועה מפיו וגם דנוהגים לישבע בלי הזכרת השם ולא בכינוי ועיין פ"ת ח"ב סי' נ"ג עדות ביעקב סי' נ' ועיין בתשו' מהרי"ט ח"א סי' ס' ובתשו' ח"ב חו"מ סי' כ"א והנה יען שראיתי שרבני דמשק שיחיו לא נכנסו בדבר זה נראה דאין עסק שבו' ביניהם ואיך שיהיה ראוי לפשר והיה זה שלום. על ישר' ועל רבנן וצור ישראל יצילנו משגיאות ויראנו מתו' נפלאות אמן כן יה"ר פי' המדבר אמת והנאנח ·

הצעיר

חיים מרדכי

לבטון

ס"ט

י"א שאלה · יעקב ויהודה זה כמה שנים עשו ביניהם שותפות עפ"י של התנאי' שיעק' שם לקרן השותפות סך כו"כ ויהודה שם לקרן השותפו' סך כו"כ ותנאי היה ביניהם שיעקב הנז' ישב בעיר אנדרייא ויהודה ישב בבגדד וישלחו סחורות זה לזה וכל מה שירויחו יחלקו ביניהם חלק כחלק וכתבו שטרי השותפות ולקח כ"א ואחד שטר בידו להיות לראיה ולזכות ושם בשטר כתוב שהשותפות הזאת תהיה נמשכת והולכת ביניהם כל זמן שהשטר זה קיים וכו' בקנו"ם וש"ח ועמדו בשותפות הנז' משך ארבעה שנים דהיינו מתחילת שנת קס"א עד סוף שנת קס"ד ובסוף ש' קס"ד עמד ה"ר יעקב הנז' וכ' ליהודה שותפו הנז' שאין רצונו עוד בשותפות הנז' והוא רוצה ליפרד מתחי' שנת קס"ה ואילך וכשהגיע הכתב הנז' ליהודה גם הוא הסכים למעשיו וכתב לו שיהא לס"ט ולברכה אך ורק שבקש ממנו שיעשה חשבון מדוקדק עפ"י האמת והיושר מבלי שום ערמה וכו' ובתוך הכתבים ששלח יעקב ליהודה הנז' כתב לו שכל סחורות הנמצאות בעת הזאת בבגדד יקים אותם עליו כפי מה ששוים במדורים לערך רופייה שהיא מטב' של הנדוי' וגם הוא יקים הסחורו' הנמצאות אצלו בעירו כפי מה ששוים במדורים לער' רופייה וכן עשה יעקב הנז' ושלח ליהודה הנז' חש' מהכנסה והוצאה עפ"י האמנתו ולפי חשבונו של יעקב הנז' נמצא שיהודה הנז' מלבד שהגיע לידו הקרן שלו משלם ועוד הריוח העולה לו מלבד זה נשאר ליעקב הנז' לפי חשבונו סך רב ועצום ויהודה הנז' חזר וכתב כמה פעמים ליעקב כי לפי דעתו אין חשבון זה מדוקדק ועברו ביניהם דין ודברים מכמה טענות ותביעות עד ששלח יעקב והרשה לשלשה בני אדם מגדולי בגדד ועמדו ועשו חשבון עם יהודה ולפי חשבונם שעשו נשאר ה"ר יהודה הנז' חייב לה"ר יעקב הנז' סך רב ועצום ובתוך הכתבים ששלח יעקב ליהודה הנה בכתב אחד מהם כתב יעקב ליהודה אחי יהודה הנה שטרך בידך ושטרי בידי וכו' וחזר בא ה"ר יעקב לבגדד ונכנסו מתווכי השלום לפשר ביניהם ולא נתרצה יעקב ושוב אחר זמן נפטר לב"ע וחלי"ש ה"ר יהודה והניח אחריו ברכה הבנים בניו ועמד יעקב הנז' ותבע מבני יהודה הנז' את אשר חייב לו אביהם והם טענו עליו כי עדין שותפו' של אביהם עם יעקב קיימת יען כי תנאי מפורש היה שכל זמן ששטר זה קיי' השותפו' קיימת וא"כ כיון שהשטרות קיים עדין השותפו' קיימת והם רוצים מיעקב

הנז' שיחלוק עמהם מה שהרויח מכמה שנים עד היום הזה ויעקב משיב שכבר כתב ליהודה בסוף ש' קס"ד שאין רצונו עוד בשותפות והסכים עמו בתשובתו ברמאה וגם כתבו שיהיה לס"ט ויקח ממנו שיעשה החשבון עפ"י האמת והצדק ולסוף שנכנסו גבירי בגדד יע"א לבא לחשבון עם יהודה הנז' הנה נמצא מבואר היטב שיהודה כבר קיבל קרנו משלם וגם הריוח ומלבד זה נשאר ליעקב סך רב ועצום וכמה פעמים עמדו לדין לפני הר' הגדול מארי דאתרא זלה"ה ולא עלה על לב יהודה שיטעון שהשותפות עדין קיימת ומי שם פה לומר שאחר כל הסך הנז' שיש ליעקב על יהודה יהיה השותפו' קיימת ומחייב יעקב לתת ליהודה ריוח ממשאו ומתנו זהו קוצר טענותיהם בפרט הזה וגם כמה טענות ותביעות נמשכים מדבר זה ולדבר הזה שהוא עיקר ועמו תפילה יורנו המורה ושכמ"ה ·

תשובה הנה מזה זמן נשאלתי על ענין הזה ולא רציתי להטפל בו יען שבא אלי השל' מצד ה"ר יעקב הנז' דוקא ואמרתי כי אולי יש לבני יהודה איזה ראיות וטענות עולים עפ"י הדין אכן בעת פניתי אל לבי לראות בעיקר הדין לפי אלו הטענות ואם יתברר איזה טענה שעולה על פי הדין שלא כאשר כתוב השאל' אשובה הראה כדי שלא להשיב שואלי ריקם ואומר דלכאורה נראה דטענות בני יהוד' הם בריאות וטובות וכבר בא כיוצא בזה בספרן של צדיקים דמה שטענו כיון שכתוב בשטר שכ"ז ששטר זה קיים תהיה שותפותם קיימת אם כן כל זמן שלא נקרע השטר של השותפו' עדיין השות' קיימת ודבר זה הנה כתו' בתשו' להרב יכין ובועז בח"א סי' י"ג שנשאל שם על שותפין שכת' שטר ביניהם והתנו בו שלא תתבטל' שותפותם עד שיבואו לחש' ויחתכו השטר והר' בתשו' שם כ' השותפין האלו ששאלת עליהם כיון שיש תנאי ביניהם עד שיבואו לחשבון ויחתכו השטר הרי הוא כאלו קבעו זמן לשותפותם ואין השותפות בטל' עד שיקיימו תנאם וכ"ז שלא נתקיים זה הרי השותפות קיימת ביניהם עכ"ל והוא כ"ד ממש דומה בדומה גם כמה שטענו שאעפ"י שהסכימו לחלוק עם כ"ז כיון שעדין לא נתברר חשבון אשר עבר ביניהם יפה יפה עדין שותפותם קיימת גם בזה עין ראיה למהרשד"ם ז"ל בתשו' בח"מ סי' קס"ז על שותפין לזמן קצוב וקודם שהשלים הזמן הסכימו ביניהם לחלוק השותפות בין כך ובין כך כ"א נשא ונתן בפני עצמו וטוען ראובן ומבקש מש' שיביא כל הריוח שבא לידו והוא גם הוא יביא כל הבא לידו ולחלוק הכל למחצין ביניהם כדרכם בזמן השותפות הדין עם מי והשיב הרב ז"ל שנמצא שכתב הטור בסי' ל"ג שכ"ז שנשאר כל שהוא שלא חלקו הוקו ואינם יודעים משקלו או שנשאר ביניהם מן השותפות שלא עשו בו חשבון וכו' עדין שותפות קיימת יע"ש נמצינו למדים שאף עפ"י שהסכימו לחלוק כל זמן שנשאר ביניהם כל שהוא שלא חלקו השותפות קיימת ומה גם אם יש ביניהם ש"ח עכ"ד והאריך בזה הרב הנ"ל סי' מ"ט יע"ש וכן הסכים הרב בני חיי בסי' קע"ו הגה"ט אות ל"ט ועי"ש הוא כ"ן יע"ש וא"ת כיון שלפי החשבון שעשו הגבירים שנכנסו ביניהם שב יהודה הנז' קרנו לידו משלם א"כ היאך יקח מיעקב חלק מן הריוח שלו שהרויח יעקב בקרנו לבד גם על זה יש להשיב דפוק חזי מ"ש הרב יכין ובועז בתשו' בח"א סי' ט' בשותפי' שלקח אחד מהם קרנו בהעלם משותפו ובשעת החש' ראה שותפו כי הוסר קרנו וטען שאין בדין ליתן לו חלק שוה והשיב הרב ז"ל כי שותפותם במקומה עומד' וחולקין בשוה יע"ש וא"כ ה"ה בנ"ד ומה גם דאיכא עסק שבועה ביניהם דאפילו בספיקא יש להחמיר וכ"כ הרב כהונת עולם בתשו' סי' ל"ב דדינא יהיב כמ"ש הרשד"ם בתשו' הנז' וכ"ש היכא דאיכא שבו' יע"ש והנה כי נראה בעליל בתשו' למוהראד"ב סימן ק"א דפסק ספק מ"ש רבו הרשד"ם מ"מ כבר כתבו הרב בני חיי שם והרב כ"ע שם דלענין הלכה אין הלכה כתלמיד במקום הרב ואלו היה רואה הלמ"ר דברי רבו ז"ל לא היה חולק עליו יע"ש גם הרב בעל מ"ן בח"ב סי' כ"ב דקי"ל שע"א שביא תשו' הרשד"ם הנז' בסתם ולא הביא שום חולק יע"ש ונראה שדעתו מסכמת בן כל זה היה נראה לכאור' ובפרט שהם מוחזקים ויעקב הנז' הוא בא להוציא מתחת ידם · אכן עם כל זה נראה לי דהדין עם יעקב הנז' ואפילו להוציא ואפילו דאיכא שבועה כי לע"ד דבנ"ד ליכא פלוגתא מכמה טעמי אשר יתבארו בדברינו אחת לאחת בעזהי"ת ואומר דכל כי האי גוונא דנ"ד הא ודאי דמנהג הסוחרים בזה הוא עיקר לדינא וע"ז וכיוצא בו אמרו דמנהג מבטל הלכה והדבר ידוע ומפורסם כי כל שותפים אשר הסכימו בהסכמה גמורה להפריד שותפותם אין מדרכ' להעמיד הדבר שיהא כ"א יושב ובטל עד אשר יפרעו כל חובות שעליהם ויגבו מה שיש להם אצל אחרי' וימכרו את כל הנמצא אצלם עד סוף פ"א דדבר זה מעלה ארוכה וצריכתו לעמוד ימים או עשור עד אשר יגמרו ענייניהם שלהם אלא בכה דרכם כל הימים שכל אחד מושך קרנו או קרוב לו ויושא ויתן לעצמו עד אשר יגמרו ענייני שותפותם לאט לאט ובאלו הימים אין פוצה פה ומצפצף לומר דעדין שותפותינו קיימת כיון דעדין לא ניכר כ"א חלקו בדקדוק וא"כ מנהג זה הוי דינא ממש וכמ"ש הריב"ש ז"ל בתשו' סי' קכ"ח וז"ל דע שבכל עניינים כאלו הכל הולך אחר מנהג הסוחרים כדתניא בפרק הגוזל בתרא ואין משנין ממנהג החמרין וכו' והרי"ף כתב גבי אין משלחין מעות בדיוקני והיכא דסדר לחבי' בתכא וא"ל וכו' דהכי נהיגי תגרי וק"ל מנהגא מלת' היא והכי סדרו מהיכתא וכתב הרשב"א ז"ל וכן אתה דן בכל מקום במה שנהגו בממונות וכו' כאלו הוא תנאי גמור מוסכם ביניהם ואפילו לא הסכימו בפי' בני המדינה אלא שנהגו כן סתם הרי הוא מנהג חזק כאלו התנו בו ודנין בו כאלו הוא תנאי ב"ד כיון שנהגו לעשות כן תדיר ואפילו הוא כנגד ההלכה שהמנהג מבטל הלכה עכ"ל ודון מינה לנ"ד ובאין ספק כי בימי מהרשד"ם ז"ל לא היה מנהג נוהג בימיו כימינו ולכן לא נכנס הרב בסוג זה אבל לדידן דברור המנהג פשוט שאין אחד מהם יכול לחזור אחרי אשר הסכימו בהסכמה גמורה להפריד שותפותם והדברים ברורים ולא עוד אלא כי כל יד המרבה לפרוק המשא תמלא כי אין דינו של מהרשד"ם מוסכם ולכאו' פליגי עליה ולדעת קצת מהאחרונים שפירשו דבריו · נראה דבנ"ד גם הרשד"ם יודה כאשר אבאר וא"ת דל מהכא דינו של מהרשד"ם מ"מ הרי דאיכא שהביא מרבי

הטור

הטור סי' ל"ב ופסקו מרן שם בסעיף ח' וז"ל הכל כל זמן שנשאר כל שהוא שלא חלקו אותו ואינם יודעי' מסקלו או שנשאר לר מהשותפות שלא עשו בו חשבון ולא ידע כל אחד מהם כמה הוא חלקו עדין השותפו' קיימת ומשביעין זא"ז ע"כ לוה אמינא דאי מהא לא איריא וכמ"ש הכה"ג הגה"ט אות קס"ח דד' הטור אינם אלא לענין שבועת השותפים דוקא אבל לא לענין קיום השותפות וכן דעת הלח"ר שלא נסתייע מדברי הרמב"ם והטור אלו עכ"ד ועוד יש לדחות ענין ראיה זו מב"ר כמ"ש הרב בני אהרן בתשו' סי' ל"ט וז"ל ולע"ד דגם זה אינו מעכב לפירוד שותפות דבשלמא אם היה אותו השותף עומד פה ולא היו באים לחשבון במה שנשאר בידו אז היה הדין נותן כמו שכתבנו אמנם בנדון זה דאיננו פה והוא רוצה לחלוק להכין טרף לביתו ולתלות מנות לנפשו מה יש לו לעשות ולא נשאר ביד שותפו מה שנשאר ולא באו לחשבון מלר החרשלו' כדי שנאמר עדין רצונו בשותפו' כנ"ל עכ"ל הרי לרעת דבשני השותפים כל אחד בעיר אחת ורחוקים זה מזה אין זה אמור וכ"ש וק"ו בנ"ד דהרי"ן שלח ליהודה חשבונו לפי פנקסו ולפי דעתו הדרכה יהודה חייב לו סך רב ועלום וגם כבא יעקב לבגדד באו חשבון לפני גבירי עיר בגדד ונשאר לפי חשבונם שיהודה חייב ליעקב סך כו"כ ומהיכא תיתי לומר דעדין שותפות קיימת ולדידי אמינא ולא מסתפינא דאין דברי הרשד"ם נוגעים לנ"ד כלל אפי' לא יהא מכהנ כלל דע"כ ל"ק מהרשד"ם אלא בשותפי' שהסכימו לחלוק ולא עשו חשבון עדין דאז יכול השות' האחד לחזור בו משא"כ בנ"ד ששלח יעקב חשבונו שלם אך יהודה עדין לבו מהסס שמא העלים איזה דבר מקריות והאריך שדבר אולי יתגלה איזה דבר או שיכנסו ביניהם לעשות איזה פשרה ומי שם פה לומר כיון שיעקב עדין תפוס בשטרו להיות לו לראיה ולזכות בעיקר השותפות שנאמר כיון שהוא תפוס בשטרו עדין הוי בתוך זמן השותפות אין מן השם הוא זה ודברים של טעם וסברא הם ואין מי שיחלוק עליהם ועוד נראה ברור דאין דברי הרשד"ם אמורים אלא בדברים בעלמא דהוו פטומי מילי אבל בנ"ד דהוי דברים שבכתב שכתב יעקב ליהודה שרצונו להפריד השותפות שביניהם ויהודה השיב לו בכתב ע"ג כתב שגם הוא מסכים הולך להפרדת השותפות ויברך יעק' בכמה ברכות אין לך מחילה גדולה מזו ומלבד דמילי דסברא נינהו להוציאם חלק או אפשר דפוק חזי מ"ש הכ"ת בת' סי' כ"ה על ראובן ושמעון שותפים בשווריי' ונפל ריב ביניהם ועמדו פשרנים והסכימו לחלוק ושמעון נתחרט והמ' כיון שלא הוה אלא דברי' בעלמ' יכול לחזור בו והשיב הרב דמאחר שהסכימו בהסכמ' גמורה לחלוק אם כן כ"א מחל לחבירו השעבוד שהיה לו עליו וכו' ולא מבעיא לה"ר ושעיה דס"ל דכל שות' יכול לחלוק תוך הזמן אלא אפי' להרמב"ם והרא"ב"ד והכי פ' בש"ע דכל אחד יכול לעכב מלחלוק תוך הזמן בנ"ד מודים דכיון שהסכים על פי פשרנים לחלוק אין אחד מחילה זה כלום וכו' וכדיבור גרידא שלא היו פשרנים ביניהם וגם הלוה לא עשה עמו מעמד גמור אלא המלוה בך אמר כדיבור בעלמא מלי מימר פטומי מילי בעלמא קאמרי מה שאין כן בנ"ד דעשו מעמד גמור ע"י פשרנים הוי מחי' גמורה ולא פטומי מילי וכו' עיש"ב דון מינה היכא דהוי

מעמד גמור הוי מחילה גמור' וגם בנ"ד אף שמתחי' היה בכתב ודברים ניכרים דמחלו שעבודם זה לזה עוד בה דבבואו לבגדד באו חשבון לפני פשרנים ועשו חשבון לפניהם אין לך מחילה גדולה מזו דעקרו' לשותפותם לגמרי באין אומר השב גם בבר הזכרתי דבהשו' הרב לחם רב סי' ק' שם מבואר דסבירא ליה שהשותפין שהסכימו לחלוק תוך זמן שוב אין אחד מהם יכול לחזור בו ובנראה דהוא הפך מדברי רבו מהרשד"ם ז"ל וכמ"ש הרב בנ"ח והב"ע בתשובה הנז' אבן הרב החבי"ב ז"ל באות קס"ח כתב דשאני נדון הרא"ר"ב שבשעה שהסכימו לחלוק אמר שמעון לראובן מכאן והלאה נרויח כל אחד לעצמו וכו' ונר' מדבריו שאם לא היה שאמרו מכאן ואילך נרויח לעצמנו מפני שהסכ' שהסכי' לחלוק לא נמחל שעבו' וא"כ בהרשד"ם שלא נזכר בשאל' שאמרו מכאן ואילך נרויח לעצמנו מ"ה פ' דהשותפו' קיימת אבל אם היה נזכר כשאלה כן לא היה פוס' הרב ז"ל דנמחל שעבודו וכו' עכ"ל ומינה אתה דן דבנ"ד דכמה פעמים הזכי' יעקב ליהודה דמכאן ולהלן נרויח כ"א לעצמו וגם יהודה השיב כן וייטב בעיניו ענין ההפרדה גם הרשד"ם הו"ל ומודה דנפרדה חבילת השותפות מכל וכל גם הרב בני אברהם בח"מ סי' נ"ן כתב דאם הסכימו לחלוק וחלקו מקצת סחורות ואמרו סחורה זו נניחנה עכשיו מלחלוק הרי מחלו זל"ז ואין לאחד על חבירו כלום במה שהרויח וכו' ומ"ש מהרשד"ם דאף אם הסכימו לחלוק אפ"ה הריוח לאמלע וכו' היינו משום שהסכימו סתם ואמרינן דדעתם היה שיחלוקו הכל ושלא למחול עד שיגמרו מלחלוק וכו' ואם אמרו בפי' כ"א ירויח לעצמו מהני וכמ"ש הרב כנה"ג ודלא כמ"ש בס' כה"ע והרב בנ"ח ולא סוף דבר שאמרו כן בפי' אלא בגילוי דעתא סגי עכ"ל גם מוה"ר במוהרש"ל ז"ל בס' ב"ר של שלמה בח"מ סי' י"ט כתב וז"ל ובנדון דמהרשד"ם לא נזכר שאמרו בפירוש מכאן ולהבא ירויח כ"א לעצמו אלא שהסכימו לחלוק בסתם והתחילו לקיות גובין ופורעין ואיכא למימר דמה שהסכימו לחלוק הכונה לאחר תשלום גביית ופרעון החובות וכו' באופן שאין כאן מחלוק' בין מהרשד"ם ובין מהרא"ר"ב ואפוסי פלוגתא לא מפשינן ובשלום ובמישור הלכו באשר עיני כל חכם לב תחזינה משרים וכו' יע"ש ובכל זה הנה מקום אתי לומר דהגם דנראה דמהרשד"ם והרדב"ז פליגי בדין זה והוא ממ"ש הרדב"ז ז"ל בחדשות סימן שב"ו על ראובן ושמעון שנשתתפו לזמן קבוע ונשבעו ע"ז ובתוך הזמן אמר ראובן לשמעון תא ונפלוג שאיני רוצה עוד שותפות וגתרצה שמעון והתחילו לחלוק כי היה דבר שצריך טורח וזמן לחלוק ושוב חזר בו ראובן ושמעון אומר איני רוצה עוד שותפות הדין עם מי והשיב הרב ז"ל דהדין עם שמעון כיון שראובן מודה שאמר תא ונפלוג שאיני רוצה עוד שותפות והתחילו לחלוק אעפ"י שחזר אין חזרתו חזרה דבמחי' תליא מלתא שמחל לו השותפות ומחילה אינה צריכה קנין הלכך הדבר ברור אצלי דכיון דאמר איני רוצה עוד שותפות אינו יכול לחזור בו כי היכי דמחל שט"ח אינו יכול לחזור בו דמיד נמחל השעבוד של השותפו' ולענין השבועה עשאום כחרמי הקהל וכו' דדעת השותפין היה בשעת השבועה דבהגעת זמן השותפו' ולא ירצו לחדש שיהיו נותרין הילכך כיון שאמר ראובן

שאינו

שאינו רוצה עוד שותפות הוי כאלו נשלם הזמן ואין צריך התראה שכך היתה כוונתם תחילה וכו' עכ"ל והרב דרכי נועם חי"ד סי' ה' הביא לתשוב' זו של הרדב"ז והסכים לדעת מהרי"ט בח"ב ח"מ סי' ק' לסברא זו יע"ש והנה אין ספק דדעת הרדב"ז שלא כרגש מדברי הרמב"ם שהביא הטור סי' נ"ג שכל שנשאר כל שהוא שלא חלקו עדיין שותפותם קיימת וכו' ובנ"ד עדיין לא גמרו החלוק' ובהכרח לומר דס"ל כמ"ש הרב כנה"ג לדעת הלחם רב דלא אמרוה אלא לענין שבועה שמשביעין זה את זה האמנם לכאורה נראה דפליג אמהרשד"ם הנז"ל אכן לפי שיטת האחרונים הנז' ניחא דהרדב"ז לא פליג ושאני נ"ד דאמר בפירוש שאינו רוצה עוד שותפות דמשמעות הדברים דמן היום והלא' ירויח כל אחד לעצמו ואם כן הוייא מחילה גמורה מה שאין כן בשאלה דמהרשד"ם שהסכימו לחלוק אפש' דכוונה שיהיו נפרדים אחר גמר חלוקתם ואכתי קודם גמר החלוקה אכיקי בהדי הדדי ולא הוייא מחילה גמורה ועוד אני אומר דנ"ד כ"ע יודו ביה ולא נגע ולא פגע בההיא דמהרשד"ם ודעמיה כי כל הנדונות של הרבנים ז"ל איירו דהסכימו לחלוק באמת והתחילו לגבות ולפרוע אבל עדין קיימי כדקאי קאי ויד שניהם שוה בו ומש"ה מקום יש בראש לומר דיכולים לעכב עדין תוך זמן השותפו' עד משלם זמנים משא"כ בנ"ד שהסכימו שניהם לחלוק ונשאר אצל הרי"א קרנו אתו עמו והותר סך רב מי יכול לדון שיעקב ירויח בממון עצמו ויתן ליהודה או ליורשיו כיון דיהודה כבר גבה קרנו ונשא ונתן ונשתתף עם אחרים בממונו והרויח כיד ה' הטוב' עליו ואיך נקח יהודה ריוח הבא מממון יעקב וא"ת דאם באנו לדון דלא נתבטלה השותפות אנו חוזרים לו' דגם יורשי יהודה יטלו חשבון כל אלו השני' שעברו כמה עלה הריוח שהרויח אביהם וגם יעקב עלה יעלה כמה הרויח בכל אלו השנים ויחלוקו שוה בשו' כפי שותפותם אמינא דהא ליתא ודאי דהא אם באנו לחייבם בסדר זה הוא מפני חיוב שותפות' ושבועת' שנשבעו זה לזה בקיום השותפות דהא ודאי אנן סהדי דאדעתא דהכי לא נשתתפו שכל אחד יתעסק בשלו הן על ידי עצמו הן על ידי אחרים ולבסוף יחלוקו ביניהם הא ודאי לא כי אם שיהיו נושאים ונותנים זה עם זה זה ישלח לזה סחורות ממקום חנותו וזה ישלח לזה סחורות ממקום חנותו ויהיו עסקי השותפות בהם וביד שניהם ובהכרחם אבל שיהיה כל אחד עוסק בשלו עם אחרים ויחלוקו אחר כך זו לא עלתה ע"ד מעולם והנה שכתבנו דה' יכין ובועז סי' ט' כתב בשותף שלקח קרנו מן השותפות ואפילו הכי חייב הרב ז"ל לשותפו לחלוק עמו שוה בשוה עכ"ז לא דמי לנ"ד אפילו כי עוכלא לדנא דשאני התם דכל ימי שותפותם עדיין הם מתעסקים ביחד ונושאים ונותנים בהתחברות בממון המלוי התם ידם שהוא מכח השותפות אך האחד מהם לאט לאט הסיר את הקרן אשר לו ולקח בהם קרקעות וחייב הרב את השותף לחלוק עמו כפי חלוקתם ומה שהרוי' השותף בשכירות הבתי' וכניסתו לאמצע משא"כ בנ"ד דזה כמה שנים כיון דאיפלוג איפליג וכל א' לשיטתיה אזיל ונושא ונותן בשלו ורצונו הא ודאי דגם הר' יכין ובו' אזיל ומוד' דלא נשאר ביניה' כמלא נימא ולע"ה שהרואה יראה דלדברי הרב יכין ובועז כנראה שאינם מוסכמים ורבים הם החולקים הלא תמצא להרב פני משה ז"ל בח"ב סי' ק"ו שכתב הוא ז"ל וחד דעימי' הוא הרב מהר"ש עדילה ז"ל על שותף אשר שלח ידו ויורש קרן השותפות באופן שנשאר מעט מהרבה מאשר בתחילה דבשיכותא חשבון חולקין לפי מעות ולא לחצאין וכתב בתוך תשו' הנז' וא"כ בנ"ד כמי אם כמה שכבר לקח הרויח הוי לאמצע וכמה שנשאר' עדין בשותפות חולקים לפי מעות דמעיקרא לא נשתעבד לתת לו מחצה על מחצה אלא מפני שהקרן היה על קו השוה וגם להנהו רבוותא דסברי בכ' שהטילו לכיס זה מנה וזה מאתים דחולקין לאמצע בנ"ד שמעיקרא היה מחצה על מחצה יודו דחולקי' לפי מעות יעשו"ב גם הרב מהר"א אלנגרי ז"ל בס' לב שמח בתשו' ח"מ סי' י"ו וי"ז מסכים הולך עם חד דעמיה דשותף שלקח את קרנו אינו חולק אלא לפי מעות וכתב בסוף תשו' דמעולם לא התנו לחלו' בשוה אלא כשיהיו מעות כל אחד מהם כפי מה ששמו הם בשותפות תחילה הילכך כשהחסיר לא יהיה הדין נותן לחלוק בשוה אלא כפי הערך שהשאיר אחריו ברכה דאל"כ לקתה מדה"ד שיהא החוטא ועובר על התנאי נשכר עכ"ל גם הרב בתי כהונ' בח"ב סי' ל"ד נראה שמסכים עם הרב פני משה יע"ש בסוף התשובה הנז' עוד נראה לי דבכה"ג דנ"ד דהוסר הקרן של יהודה ונשאר קרנו של יעקב בידו והוא מתעסק להנאתו ולטובתו דאין חיוב על יעקב ליתן לו חלק במה שהרויח בממונו לצורך עצמו והוא מת"ש הרשב"ץ ז"ל בתשו' בח"א סי' ל"ה והביאו מרן ביתה יוסף סי' קס"ו מחו' א' בסעיף ו' וז"ל כתב הרשב"ץ שותף שחלה או נאנס ולא נתעסק בשותפות אין מן הדין שהאחר ירויח ויתן לחבירו והכי קני ממנו בשעת שיתוף אבל אם היה בעיר אחרת בשליחו' השותפות ונתעכב באונס יש לו חלק עמהם ואם יש מנהג בזה בין השותפים יעשו כמנהגם עכ"ל והרב בני אהרן בתשו' סי' ל"ז הביא תשובת מהרש"ך בח"א סי' קס"ב שנראה ממנו דלא כהרשב"ץ והתא' מקמי תשו' הרשב"ץ הלזו יע"ש ולדידי ק"ל על הרב ב"א ז"ל דמאחר דבסוף תשובתו ראה ראה תשובת מהראד"ב דסי' קי"ב כמ"ש שם ושם מבואר דק"ל להראד"ב ז"ל ממאי דקי"ל בח"מ סי' קמ"ז דשותף כיורד ברשות דמי ובסי' רפ"ז כתב הטח"מ דבשבחו נכסים מחמת עצמם השבח לאמצע ויטול ש"ט כאריס יע"ש וגם הקשה מכח הסברא דאיך יעסוק השותף בממונו של זה ומפני שהוא חולה יקח הריוח לעצמו והנה כי כן אוקי לה הראד"ב ז"ל לתשובת הרשב"ץ בשותפים במלאכת ידם דוקא אבל בשותפים בממונם שמין לשותף ש"ט והשאר לאמצע וא"כ שפיר קיימא למימר דמהרש"ך בשותפים בממונם איירי דאף הרשב"ץ מודה בה וק"ל ואיך שיהיה דעת מהראד"ב ז"ל דבשותפי' בלא קרן אם השותף האחד נתעסק אין ליתן לחבירו כלום והרב בעל משפט צדק בח"ב סי' י"ז הסכים לחילוק הראד"ב ז"ל וכתב דה"ה גם כן אם נשתתפו בעסק מו"מ שלוקחים נכסי אחרים בהקפה אם חלה השותף אינו נוטל חלק בריוח וכן נראה שהוא נדון דהרב"א שפסק כן בנ"ד שהיה עסק מו"מ וזיכה לשותף אחרי ראותו דברי הראד"ב ז"ל ובהכרח צ"ל דמיירי בשותפים בלי קרן גם הכנה"ג

כת"כ לח"מ סי' מ' הסכים לחילוק הרא"ש והמ"ל וכתב דהמכי"ע כת"כ ס"ס קכ"ה ומהרש"ך כח"א סי' קס"כ לרידהו לריך לאוקמי היכא דהרשב"ץ כדאוקמה הרא"ש והמ"ן וזה דלא כהכ"א שעשה פלוגתא בדעת הרשב"ץ ומהרש"ך ושו"ר להרב פרי האר"ן ח"כ ח"מ סי' ח' שהביא דעת הרא"ש כתי' זה והשיג על הרב כ"א וכמ"ש ושם בסי' ט' השיב עליו הרב דב"ת והסכים לדבריו ושב קלח ר' הרב"א ואיך שיהיה כתב דדברי הלח"ר נכונים בטעמם וכ' דבתשו' מהר"ם עוזיאל כ"י כתב שהסכים לחי' זה הרב בה"ג ומוהר"י דאלבה ומוהר"ם אלנאזו כמ"ש שבא לידם יע"ש גם בתשו' הרשב"א בת"ג סי' קמ"כ הובאה בב"י מחו' מ"ו על ראובן שמעון ולוי שלקחו ממון מלאה להתעסק בו ובעבור ש"ט ויתרם לשם לאה חלק מהריוח וראובן לא נכנס בשיתוף רק בשעות דחוקות ולא טרח להשתדל ולצאת ולבא כמו שהתנה עם השותפין ופ' הרב ז"ל דלא יטול ראובן אלא כפי מה שטרח וכנגד השבח שהשביח והרי זה דומה לתשו' הרשב"ץ הנז"ל הרי מכו' דדעת הראשו' הנז' וגם האחרונים ז"ל דכל שהשותף הוא בלי קרן אין מן הדין שהשותף האחר יתעסק ויתן לו וא"כ בנ"ד דיהודה הושב כספו וירש קרן השותפו' ואדרבה נשאר חייב ליעקב סך רב אינו מן הדין שיעקב יטרח ויתן לו ואין להקשות מהא דקי"ל דהשותף שחלק שלא בב"ד דהריוח לאמצע דשאני התם דהאי אמרינן לא הוויא חלוקה עדין ממון השותפות בחזקת שניהם והרי זה המתעסק מתעסק בממון המשותף לשניהם והוי לאמצע משא"כ דחלקו מדעת שניהם ואין בממון שביד יעקב חלק בו ליהודה אדרבה להפך וכנז"ל ודאי דכי טרח יעקב ברנפשיה קא טרח ואם אמרת דעדין מקרי בתוך הזמן של השותפות כיון שלא נקרע השטר ואם כן יתחייב יעקב לתת מריוח שהרויח כיון דהוי תוך זמן הא ודאי ליתא ואנן סהדי דאדעתא דהכי לא נשתתפו ולא נשבעו על כי האי גוונא וראיה לזה ממה שדהיתי בתשו' מוהר"י אדרבי ז"ל פי' ס"א שנשאל על ראובן ושמעון שנשתתפו לזמן עשר שנים בש"ח שכ"ז שהשטר יהיה קיים לא יוכל שום אחד מהם לו' שהוא פטור מחבירו ובתוך הזמן חלה ראובן חולי המעכבו מלעשות עסקיו אם יוכל שמעון להפריד השותפות והשיב דכיון שחלה ראובן חולי מתמיד ודאי דבכי האי גוונא לא חלה השבועה מעיקרא וכו' ובנ"ד אומדנא דמוכח הוא שכונת שותפותו של שמעון עם ראובן שיעסוק הוא עצמו בנכסים וכיון שראובן אינו יכול לקיים תנאו גם שמעון פטור משבועתו יע"ש הרי שכל שלא נתעסק השותף בעסק השותפות יכול חבירו לחלוק תוך זמן אפי' היכא דאיכא שבועה וא"כ גם בנ"ד הגם דנימא דהוי בתוך זמן כיון שלא נתעסק יהודה בעסק השותפות אחר שהסכימו לחלוק אין ליעקב ליתן לו חלק במה שהרויח בממונו ומעולם לא כתב מהרשד"ם על כיוצא בזה אלא במה שהסכימו לחלוק ועד שלא נגמרו היה כל אחד נושא ונותן ונמלך בשותף וחזר בו מה שאין כן בנ"ד דהסכימו לחלוק ועמדו כמה שנים זה בשלו וזה בשלו וכל אחד מתעס' עם אחרים בממון עצמו ולא נשאר ביד יעקב שום ממון מהשיתוף מי שם פה לומר דהשותפות עדיין קיימת ויתן יעקב מממונו ליהודה גם הרב דרכי נועם בח"מ סי' ד"ן הוא ומהר"ם עוזיאל השיבו על שותפין לזמן ח"י שנה ובתוך הזמן חלה א' מהם בחולי המבטלו ממלאכתו והעלו דאין חייבים לתת לו חלק מהריוו' והגם דאיכא שבועה אפי' הכי פטרי הרבנים הנז' את השותפים משום דאדעתא דהכי לא נשבעו והביא הרב ד"ן כמה תשובות מהראשונים דהיכא דאיכא אומדנא דמוכח פטור מן השבועה יעוש"ב ודון מינה ואוקי באתרין וליכא למימר דכולהו בדוני דהרבנים הם דוקא בנתבטל השותף מכל וכל ואינו עוסק במשא ובמתן דהא ודאי להו אדעתא דהכי נשבע חבירו משא"כ הכא דיהודה בדקאי קאי סוחר טוב ידוע ומפורסם ובמה שנים שנפרד מיעקב הוא עוסק במשא ובמתן ונשתתף עם אחרים באשר נודע ואפילו יביא כל אחד שלו ויחלוקו הא כבר כתבנו לעיל דליתא דגם בזה אמרינן אדעת' דהכי לא נשתתפו דלא נשתתפו אלא כדי שיתעסקו שניהם יחד בסחורות מעיר לעיר שישלחו זה לזה ולא שכל אחד יתעסק לעצמו וכ"ש שלא ישתתף עם אחרים שהרי כ' הר"מ והביאו הטור סי' ו' דהמשתת' עם חבי' סתם לא ישנה ממנהג המדינ' ולא ישתתף עם אחרי' וכו' ע"ש הרי שאפילו בהיות השותף אתו עמו אין לו להשתתף עם אחרים וכ"ש וק"ו שאין רצון השותף האחר שיהא זה מתעסק בחפצו ורצונו ועושה בשלו ומשתתף עם אחרים והוא לא ידע לא מינה ולא מקצתה וסוף כל סוף יחדיו יחלוקו בבתחילה ודאי זה לא יעלה על הדעת ואדעתא דהכי לא נשתתף ולא נשבע והדברים ברורים גם מתשו' דמהרא"ר"כ סימן קי"ט איכא למילף קצת לנ"ד שנשאל הרב שם על ראו' ושמעון שנשתתפו ועשו תנאים ביניהם בש"ח ובתוך זמן השו' ראובן עבר על התנאים ואיבד כל אשר לו וכששמע שמעון נשא ונתן במה שבידו לצורך עצמו והרויח ואינו רוצה ליתן חלק לראובן אם הדין עמו והשיב הרב דכיון דראובן הפר חק השבועה גם אם נשבע נפטר משבועתו והו"ל כמי שנשלם הזמן ושוב חקר הרב דמ"ם יכול ראובן לטעון על שמעון מאן פלג לך כיון דלא עשה הדבר בב"ד והשיב הרב דכיון שאם באנו לשער עכשיו אנו רואין דלא נשאר חלק לראובן ביותר הפליטה אשר ביד שמעון אם כן אין מקום לראובן לומר לו מאן פלג לך כיון שלא נשאר לראובן חלק כלל וכו' עי"ש הנך רואה דשם בההוא עובדא אכתי לא באו חשבון זה עם זה ולא נודע אם יש עדין חלק לראובן אם לאו ואפ"ה כיון דלמפרע אנו רואין שלא נשאר שום חלק לראובן ביד שמעון הריוח לשמעון לבדו ואין לראובן עליו כלום וגם בנ"ד כיון דמ"ם ישבו אנשים של צורה ביניהם ונראה בעליל שלא נשאר ליהודה אצל יעקב כלום ואדרבה להפך כל הריוח שהרויח יעקב יעקב הרי הוא לו לבדו ואין ליהודה חלק בו כלל

האמנם על כל זה שכתבתי אנכי הרואה תשו' שלימה להר"ם ב"כ הובאה במרדכי פ' מי שהיה נשוי אות רל"ז שסותרת כ"ז שכתב על גוי שבקש את ראובן ושמעון להלוות לו ל' זקוקים ולוי בקש להשתתף עמהם והלך ראובן ונתן לגוי מחלקו ד' זקוקים ומחצי והלך ראובן ואמר לש' ולוי אם הילו יתן כ"א חלקו זקוק ומחצי יען כי הגוי לא הוצרך ליותר מד"ו ומחצי ושמעון נתן חלקו ולוי לא נתן ונלכ"ע לוי ויורשיו תובעין שליש הריוח העולה

וראובן

וראובן אומר כי הוא יקח הב' שלישים וש' השלים כי לוי לא נתן כלום והר"ש פסק דהדין עם ראובן וחלק עליו מהר"ם כיון דמעיקרא נשתתפו כתוב ואח"כ הקדים אחד מהם ונתן אדעתא דכלהו עביד והאריך בדבר יע"ש ופסקה מרן סי' קע"ו סמ"א ולפי מ"ש לעיל מכל דברי הראשונים והאחרונים נראה דבכה"ג דלית ליה קרן כלל אין לו בריוח כלום ובפרט דהוי אומדנא דמוכח טובא דאדעתא דהכי לא נשתתף ויותר ק"ל על הרב כה"ג דבסי' קע"ו הגב"ין אות ס"ז הביא לתשו' מהר"ם הלזו יע"ש ובת' ח"מ ח"ב סי' ס"ט כ' וז"ל דבשלמא אם היו השותפין בריוח ודאי שטענות ראובן ושמעון היו טענות עולות בדין דלא נתחייבו ראובן ושמעון להשתתף עם לוי ויהודה ולחלוק הריוח כפי מה שנכנסו אלא אדעת' שנם הם שמו קרן בשותפות שכפי הקרן שיש בחבר' מתרבה הריוח וכו' עכ"ל ולכאורה הדבר תמוה איך פסקיה לדינא בפשיטות חריפא הפך תשו' מהר"ם הנז' והוא הביאו בנז' ואיך כאן בתשו' העלים עין מדבריו גם על הרב בני אברהם ז"ל בתשו' סי' ע' הביאו הרב מטה שמעון הגב"י אות ס"א שכתב וז"ל יש להסתפק היכא דהתנו לתת זה מנה וזה מנה ולא נתן האחד אלא ך' כי אם ן' והתחילו לישא וליתן בהנחה דאח"כ ישלים המנה ולבסוף לא השלים בה"ג נראה דכ"ע מודו דהשכר הוא לפי מעות כיון שפי' להוציא המעות בשוה וכיון דלא השלים ודאי שישול לפי המעות ואפשר לומר דאדרבה הכא לכ"ע השכ' לאמצע דדוקא בתחילת השותפות אפשר לו' שדעת' הוא שיהא השכר לפי מעות כיון שכבר גילה דעתו שאינו רוצה ליתן יותר וכ"ע עכ"ל וק"ל עליו איך לא זכר מתשו' מהר"ם הלזו והביאו הכה"ג וגם על המטה שמעון קשה איך לא ראה דבריו או ר' כה"ג הנז' וצ"ע ‧ אכן שעיפי ישיבוני דנראה דיש ליישב תשו' מהר"ם הנז' עם שאר הפוסקים הנז' ואומר דהמעיין בסוף התשו' מהר"ם הנז' שכתב שם וז"ל וכללו של דבר אין השותף יכול לסלק שותף חברו קודם הזמן בע"כ כל זמן שלא שינה התנאי שביניהם וכמה שהוא קדם להלוות שליחות דכלהו עבד ואין זה שינוי אמנם אם כשתבע ראובן ללוי ליתן חלקו ולוי אמר איני חפץ ליתן הרי שינה בשותפו' ונעקר מהם משותפותם אבל אמר חדיר הריני משלם אע"ג דרחא אותו קלא כיון דלא אטרחיה לב"ד ומתוך כך קני רווחא וכו' עכ"ל והנראה מכו' מדבריו דכה"ג דכ"ד שמתחילת השותפות שדיברו לתת זה ק' וזה ק' וקדם האחד ונתן ר' אעפ"י שזה לא נתן אמרינן שהאחד שנתן בכר ר' בשליחות חבי' והו"ל כאלו זקף עליו המנה במלוה עד שיאמר האחד שאינו חפץ עוד ליתן דאז הוי כשינה בשותפות ונעקר השותפות מש"כ אם דוחהו מיום אל יום דלא מקרי שינה אבל אם באמת אחר שהכניסו כ"א קרנו ושוב האחד מהם הסיר קרנו מהשותפות אפי' מהר"ם יודה דאין לך שינוי בשותפות גדול מזה ואדעתא דהכי לא נשתתפו ויודה מהר"ם דבכל כה"ג חולקין לפי מעות וכדעת כל האחרונים הנז"ל שכתבתי ובהכי הושוו כל הפו' ואין ביניהם במלה נימא אך ורק דברי הרב בני אברהם הנז' שעלה ונסתפק בהתנו בתחילת השותפות והאחד השלים מה שעליו והשני לא השלים כראה ודאי דלא שלטה עינו ז"ל בתשו' מהר"ם הלזו דספיקו של הרב ז"ל דומה בדומה לתשו' מהר"ם ז"ל ויותר מזה אני תמיה על הר' ז"ל שהרי תשו' מהר"ם הלזו פסקה מרן ז"ל בש"ע סעיף מ"א ומור"ם בהגה סעיף ז' ואיך הרב ז"ל נעלם ממנו כל זה גם על הרב כה"ג ק"ק דמה חידוש היה בבית מדרשו שהביא לתשו' מהר"ם וכבר פסק' מרן בש"ע ומור"ם בהגה וכנז"ל ומאי חידושא וצ"ע

ועוד קשה לי על דברי מור"ם בהגה שבסעיף ז' הביא לתשו' מהר"ם הלז וביאר וז"ל ואם אמר שמעון שלא ליתן חלקו אז שינה בענין השותפו' והבר חלקו מן הריוח ע"כ נראה ברור מדבריו שבות' ששינה איבד חלקו מהריוח וכאלו חלקו דמי ובסעיף ט"ו כתב שם ואם שינה או פשע תוך הזמן או עבר על תנאו אפילו הכי אינם יכולים לחלוק אלא משלם מה שהפסיד ולא כיש חולקין בזה מרדכי פרק מי שהיה נשוי ע"כ והדברים אלו סותרים זה את זה דהא אמרינן דאפי' שינה אינו יכול לחלוק הרי לא איבד חלקו מן הריוח ויותר קשה מזה שהוא כותב דלא כיש חולקין והוא המרדכי פ' מש"ן והם הם תשו' מהר"ם שהביאם ב"י של"ג שכ' המרדכי כללו של דבר וכו' והוא עצמו העתיק בש"ז לשון מהר"ם בעצמו ועלה ע"ד לומר דאפשר להעמיד שניהם בזה האופן דהיינו אם הם בתוך הזמן ושינה השותף ומתוך כך רוצה השותף האחר לחלוק תוך זמן אה"כ שיכול לומר לו השותף האחר מה לי ולך לחלוק הריני משלם ההפס' שעלה מחמת השינוי ונעמוד יחד עד גמר הזמן אך אם כבר נגמר הזמן וכההיא עובדא דמהר"ם שכבר פרע הגוי קרנא ופירי ונגמרה השותפות א"כ מה מקום שיאמר השותף האחר הריני משלם מה שהפסדתי ונמשך עוד כיון שכבר עבר זמנם וכ"ש היכא דנגמר השיתוף וכגון שהחזיר הגוי המעות שא ודאי דכ"ע יודו דבכה"ג איבד הריוח העולה לו אכן לפי זה אין מקום למה שעשה מרן הב"י בס' ל"ג ומור"ם בסט"ו מחלוקת בין הרמב"ם ותשו' מהר"ם דלפי דברינו אפשר שיודו זה לזה ומר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי והולם יש ליישב ולומר דבכ"ד של מהר"ם אלו שינה וכבר נגמרה השותפות ואינו יכול לתקן כ"ע יודו דאיבד הריוח העולה לו אך הם ז"ל דקדקו מלישנא דמהר"ם שכתב הרי שינה השותף ונעקר מהם משותפותם וכו' דלשון זה יורה דדעתו ז"ל דהיכא דשינה בטלה השותפות לגמרי ומשמע דבכל גוונא איירי אפילו היכא שבידו לתקן מה שעיוו' מ"מ כבר נעקר מהשותפות וע"ז כתבו דל' הר"מ אין מורה כן אלא שיתקן מה שעיוות ואינו יכול לבטל השותפות ועל דקדוק זה כתב ודלא כיש חולקין והוא המרדכי פרק מש"ן דמלישניה מוכח דנעקרה השותפות היכא ששינה אף דאיתיה בתורה אבל לדין מהר"ם עצמו כ"ע יודו כיון ששינה וכבר נגמרה השותפות ודוק ‧

ברם זו היא שקשה בדברי מור"ם ז"ל דהכא בח"מ הסכים דאפילו שינה האחד או עבר על תנאו אפ"ה אין חבירו יכול לחלוק רק המשנ' ועבר על התנאי משלם מה שהפסיד ואלו בי"ד סי' רל"ו ס"ו כתב מרן ז"ל שנים שנשבעו לעשות דבר אחד ועבר אחד מהם על השבועה השני פטור ואין צריך התרה וכו' ומור"ם ז"ל הסכים ע"ו וכ' דכל

זה מיירי בשנים שנשבעו זה לזה וכו' יע"ש ולפי רינא דהתם גם הכא יש לנו לומר דהשני יכול לחלוק כיון שחבירו עבר על תנאו ודין זה שפסקו מרן ומור"ם נראה שהוא מוסכם ושרשו פתיח מדברי רי"ו ני"ד ח"ז ע"ש וגם המרדכי בסוף שבועות כ"כ והביא ראיה מדאמרינן פ"ק דסוטה הותלה שבועתו של אבימלך יע"ש גם הרא"ש בתשו' כלל ח' סימן י"א כ"כ יע"ש וכן הסכים מהריב"ל בח"א סי' ל"ו ובח"ג סי' ע"ח ומהרש"ך בח"ב סי' ן' ומהר"י אדרבי בסי' ס"א יע"ש ומהרש"ח בס' בני שמואל סי' כ"ה ואחרי דבריהם נמשכו האחרונים ז"ל ואיך מורם הכא בח"מ לא נזכר מדין זה כלל גם על מרן כ"י יש להרגיש שדקדק מלשון הרמב"ם שאין חבירו יכול לבטל השותפות ולא נזכר מה שפסק הוא עצמו בי"ד וכמ"ש ומה גם שבב"י שם סי' רל"ו הביא ד' רי"ו שהביא תשו' הר"ם משנ"ץ ושבא זקן אחד וחלק עליו ועלה כתב מרן ודברי רי"ו ודברי קהלת ר"ש נכונים בטעמם ודברי הזקן ההוא אפשר שהם לפי מנהג מקומו שעו"ד הסכימו וכו' יע"ש הרי שמרן לא נראה בעיניו דברי אותו זקן והכריע כרי"ו והר"ם ואיך הכא שכח תלמודו ח"ו והיה עולה על הדעת ליישב דשני ליה למרן ז"ל בין היכא שיוכל לתקן אם לאו דמה שהסכימה דעתו ז"ל בי"ד דהשני פטור מהשבועה היינו היכא דהראשון עבר ואין בידו שוב לתקן המעוות ובח"מ איירי היכא דהשותף עבר על התנאי ובידו לתקן את אשר עיותו דהיינו שיקבל עליו הפסד שיבא מחמת השינוי וס"ל דבכה"ג לא נחלקו רי"ו והר"ם עם אותו זקן אלא לפי האמת ליתא דאם כן למה דחה מרן ז"ל דברי אותו זקן כאמת הכנין אדרבה דברי אותו זקן מורים האי חילוקא דבתיבנא וכמ"ש מהר"ס מפדואה בתשו' סימן ס"ו ומהרי"ט ז"ל בח"מ סי' ק' יע"ש שבני נכיאים נקנבאו בסגנון אחד לייסב דברי אותו זקן עפ"י האי חילוקא ומהרי"ט שביא דברי מרן ז"ל וחלק עליו ופי' דעת הזקן שיש לחלק בין היכא דאפשר לתקן אם לאו יע"ש וכבר ראיתי להרא"ר"כ סי' קי"ט הנז"ל ולמהרש"ך ח"ב סי' ן' ששניהם נשאלו בשאלה אחת על שותף שעינה ושניהם נבאו בסגנון אחד דהשני פטור ומההיא דרי"ו והר"ם משנ"ץ יעש"כ וכחפשי מצאתי להרב כסא אליהו בסי' קע"ו דין ט"ו שכתב על דברי מורם כהנה זה דבר תמוה דתלבד דהמרדכי ז"ל כתב להדיא דהיכא דשינה יכול לחלוק עוד כה דכיון דע"ת כו"כ נשתתפו כל שלא נתקיים התנאי אין כאן שותפות מידי דהוה אכל תנאי דעלמא ועיין מהרא"ד"כ סי' קי"ט ופמ"א ח"ה ס"ס פ"ט והררב"ז ח"ב סי' קכ"ח וכו' עכ"ל ולדעתי יותר מזה היה לו לתמוה שהרי מור"ם עצמו הסכים לדברי רי"ו שם בי"ד וכד"מ סי' רל"ו ואיך הכ' סתר דברי עצמו ודבריו של רי"ו כמעט שהם מוסכמים מרוב האחרונים ע' בתשו' מהרשד"ם י"ד ס"ס קל"ח ומהר"י אדרבי סי' ס' וס"א ובתשו' המבי"ט ח"א סי' רס"ד ובתס' מ"ן ח"ב סי' מ"ח ובתשו' הפ"מ ח"א סי' כ"ה וע"ז וח"כ סי' כ"ה וקכ"כ גם מהריק"ש ז"ל בהגהותיו על י"ד הסכים לדברי רי"ו והביא ראיות לדבר גם ה' דרכי נועם בחו"ד סי' ס' הביא דברי הריק"ש והסכים לדבריו וכתב דאלו ראו המחמירים ראיות מהריק"ש היו חוזרים ואפילו היכא דאפשר לתקן יע"ש ואיך שיהיה הנה שיש קצת מהפוסקים מחמירים כסברת הזקן מ"מ הא איכא רובא דרבוותא דל"ש הכי ומה גם לדידן דקיבלנו הוראות מרן ובסי' רל"ו פ' לשיטת דרי"ו אם כן הרב' כיור דאין לזוז מדבריו וכ"ש דלע"ד גם דעת מרן בח"מ הכי הוי ממה שפי' לתשו' מהר"ם והעתיק לשון התשובה בדקדוק שכתב הרי שינה ונעקר מהם שותפותם וכו' וכבר כתבנו למעלה שלשון זה יורה שנפרדה תכלית השיתפות לגמרי והנה שבב"י כתב דאין נראה כן מלשון הרמב"ם מ"מ לענין הלכה הסכים לתשו' מהר"ם והוא מסכים לס' רי"ו ודעמיה שפ' בי"ד וק"ל .

איברא דלא אכחד שראיתי בתשו' לשמבי"ט ח"א סי' קנ"א שכתב בתוך התשו' וז"ל ודמי לשנים שנשתתפו לזמן קצוב שיהיה השכר והשפסד בשוה והתנו עוד ביניהם תנאים שאחד ישב בחנות כל היום ואחד מהם יסבב בשוק וכו' וכיוצא בתנאים אלו דפשיטא שאם תתבטל השותפות יתבטלו שאר התנאים ואם יבטלו שאר התנאים לא יתבטל השותפו' ואם אחד מהם יבטל אי זה תנאי מאלו שלא יעמוד איזה יום בחנות או לא יתן חשבון בכל חדש לא יתבטל בשביל זה השותפות כי לא התנו בשותפות שיהיו שותפין על מנת כו"כ אלא אמרו שיהיו שותפים ויעשו כו"כ ואם לא יעשו תשלם מה שהפסיד וכו' אבל לא נתבטל השותפות בשביל פעם או פעמים ושלם שעב' אחד מהם על אחד מתנאים אלו וכו' יע"ש ולכאורה דברים הללו הם דלא כסבר' רי"ו ודעימיה שכתבנו דס"ל דכל שעבר השותף על השבועה נפטר חבירו משבועתו ולדעתם דאם ביטל השותף האחד אחד מהתנאים שנשבע עליהם גם חבירו יהיה פטור משבו' ויוכל לחלוק והנה שמהרשד"ם בחו"ד סי' פ"ח כתב דיש לחלק בין ב' שבועות לפעולות חלוקות לשבועה אחת כי אם היו פעולות חלוקות לא אמרינן בכה"ג דאם עבר האחד השני פטור מ"מ דבריו ז"ל אינם מוסכמות בעיני האחרונים עיין מ"ן שם ומהרש"ך ומהרא"ד"כ שגילו דעת' הפך מהרשד"ם וגם מהריק"ש בהגהותיו דסי' רל"ו לא נתקוררו לו דברי מהרשד"ם יע"ש ואם נאמר דהמבי"ט ס"ל כדעת אותו זקן ודלא כרי"ו והר"ם משנ"ץ ליתא שכבר כתבנו דבסי' רס"ד הסכים לדעת רי"ו ולא הביא סברת הזקן כלל והנה כי כן מוכרחים אנו לומר דדעת המבי"ט הוא לומר דבתנאי' חילוניים שאינ' עיקר השיתו' אף שהתנו בהם אין הכונה דהשיתוף נעשה ע"מ כן ואפילו אם יעבור אחד מהם פעם ופעמים ושלש אין חבירו מקפיד בזה שיבטל השיתוף עד שיקפיד בפי' ויתרה בו לפני ב"ד וכנגון הסית, משל שהביא הרב שהתנו שהשותף ישב בכל יום בחנות וישא ויתן וכי אם יום או יומים או ג' וד' ימים ילך לטייל ויניח החנות סוגרת ומסוגרת דנאמר בזה שחבירו יבטל השותפות כיון שהאחד עבר על שבועתו ולא ישב בחנות בכל יום הא לית' דרובא דאינשי לא קפדי כ"כ בהכי ואין זה אלא לזרז הענין אבל בתנאים שעיקר השותפות תלוי בהם הא ודאי דמודה הרב ז"ל דאם האחד עבר גם השני פטור ודברים אלו מדוקדקים בתשו' מהרש"ך סי' ן' שכתב וז"ל וכל אלו הדברים שנשבעו לקיים יחד שיו לצורך השותפות כי ראו שאותם הדברים צריכים להתקיים לתועלת ולקיום השותפות וזולת אותם הדברים לא היה אפשר להתקיים אם כן כיון דבא בהא קליא די

הוא

הוא שנאמר שכיון שעבר ראובן על אותם הדברים ששמעון נפטר מהשבועה ויכול להתעסק נפרד בפ"ע עכ"ל גם הלח"ר סי' קי"ט כ' כיון דעבר ראובן על התנאים הכתובים מה שהם עיקר השותפות בודאי אדעתא דהכי לא נשבע שמעון וכו' עכ"ל דבריהם מבוארים היטב דדוקא היכא דעבר הא' על תנאים שהם המה עיקר השו' ולא בתנאים אשר המה חיצונים ובודאי דלא קפדי אינשי עליהו ולא אמרינן בהו כיון שעבר האחד השני פטור ובהכי הוה יכילנא לפטור דברי מור"ם בהגה שאף שפסקה להאי דריב"ו והסכים עלה גם בד"מ במ"ש לעיל אפ"ה בח"מ כתב דאינו מתבטל השיתוף בכך והיינו יכולים לומר דבח"מ איירי דאין שתנאים ההם מעיקר השיתוף ולהכי אין חבירו יוכל לבטל משא"כ ההיא דריב"ו דהתנאים הם בעיקר השיתוף אמנם אין זה נכון דאי היתה לזה למה כתב ודלא כהמרדכי בפ' מש"ן בשם תשו' מהר"ם שהתם במרדכי הוא שינוי בעיקר השותפות שהתנו לתת הקרן ולא רצה לתת ואין לך עיקר גדול מזה ואיך שיהיה כבר כתבנו דאנן בדידן אין לנו אלא דברי מרן דבין בי"ד בין בח"מ נראה מדבריו דדעתו נוטה דכל שהאחד עבר יכול השני לבטל השיתוף והוי יודע דלא בעינן שהשותף יעבור על תנאי השיתוף דרך עבירה עד שנאמר שהשני פטור משבועתו אלא כל שהאחד ביטל בין בדין בין שלא בדין הב' פטור והוא מפורש יוצא מתשו' הרא"ש בב' שנשבעו לילך לא"י והא' נתעכב ולא הלך והשיב דבין בדין בין שלא בדין כיון שעבר על שבועתו השני פטור ודון מינה ואוקי באתרין כיון שיהודה לקח קרנו משלם ולא השאיר תחת יד יעקב כלום אף שהוא בדין שהרי ברצונו וברשותו של יעקב לקח קרנו וא"כ גם יעקב יכול לבטל השותפות ולהיות נפרד בפני עצמו וכל הריוח שלו ולדידי כל הפוסקים יודו בזה •

וישוב האיר ה' את עיני וראיתי בתשו' הגאו' הנקרא שערי צדק בח"ה ש"ח סי' א' שכתוב שם ששאלתם ראובן עבד שותפותא עם שמעון ואתני בהדיה דלא ליפרוש מיניה אלא באנפוהי ואזל שמעון לדוכתא רחיקא ועבד התם סחורתא כמה שני ומטא לידי רווחא טובא ובתר כן בעא למיהדר ועייל לספינתא ותבר' בחשול לההיא ספינתא ואתאביד כל מה דהוה בידהון ואזל שמעון בתר הכי ושקל וטרח וארוח טובא וכו' ובתר הכי אתא ראובן קא תבע ליה לשמעון א"ל הכא מאי אית לך בהאי ממונא ההוא דשקלי ממך איתברת ספינתא ונפקית ערטילאי וכו' א"ל ראובן הכא אית לי תנאה עילויך דלא תפרוש מינאי אלא באנפאי ועדין שותפא דילי אנת ושטר שותפות דילי כתיב ביה האי תנאה וכו' טענתא דר' אית ביה משמא הו לא י השבנו על זאת דכ' בריש שאלתא דלא תפרוש מנאי אלא באנפאי לחזוקי ולזרוזי אתני בהדיה דלא אתני כנ"ל דלא תפרוש כלל אלא תנאים למפרש מיהו באנפוהי וברעתיה ליפרוש וכיון דטבע ממוניה דראובן כוליה ולא פש מיניה שום מידי בטלה שותפותא דבין ראובן ושמעון וכו' ועוד האי ממונא דראובן הא כבר מטא לידי' הכל ממון אחרים דקא מתני וכו' יע"ש עכ"ל הרוא' וראה כמה הלכתא נכרותא איכא למיגמר מתשוב' זו של הגאונים ז"ל והיא ראיה גמורה בעצם לנ"ד שהרי בנ"ד דהגאונים ז"ל תנאי מפורש היה שלא יחלוק אלא בפני חבירו ואם כן כל זמן שלא חלק בפניו הוי בתוך זמן וכמ"ש הרב יכין ובועז בסי' י"ג דכיון שיש תנאי ביניהם עד שיבואו חש' ויחתכו השטר הרי הוא כאלו קבעו זמן לשותפותם ואין השותפות בטילה עד שיקיימו תנאם וכל זמן שלא נתקיים תנאם הרי השותפות קיימת יע"ש ולפי ד' הרב ז"ל גם בנ"ד דהגאו' השותפות קיימת עד דפליג באפי חבריה וכ"ז דלא פליג באפיה שותפותם קיימת' והנך רואה דדעת הגאו' דכל כי האי תנאה אינו אלא לחזוקי ולזרוזי ולא הוי בתוך זמן שאינו יכול לחלוק כדעת הרב יכין ובועז ואם נפסק לו' דלא כתבו כן אלא בנ"ד שלא נשאר ק' אבל היכא דנשאר קרן ביד השותף תנאי זה הוי תנאי גמור הא ליתא דא"כ הו"ל להגאו' ז"ל לומר דגם דתנאם הוי תנאי גמור ואינו יכול לחלוק אלא בפני חבי' מ"מ שאני הכא דאבד הממון ולא נשאר מה לחלוק ולמה להו למימר דתנאי זה לחזוקי ולזרוזי אלא ודאי שדעתם לומר דאין זה תנאי גמור אלא לחזק הענין ויכול השותף לחלוק בדין נשתתפו סתם או לזמן ונגמר זמנם שחולק לפני ב"ד ואין תנאי זה מעלה ומוריד אחרי חלוקתם ואני אומר דכאן ספק אלו היה רוא' הרב יכין ובועז תשו' הגאונים הנז' הוה הדר ביה כי מי יעצור כח לחלוק עליהם וקבלתם תכריע מעתה בנ"ד דהוי ממש כנד"ד שלא נשאר שום קרן שהרי יהודה קיבל קרנו משלם וחל להיות כמשכונו דינא הוא שלא נשאר ביניהם שותפות ולדעתי גם הרב יכין ובועז יודה בנ"ד שלא נשאר שום קרן ליהוד' כלל דכל כמה דיכילנא דלא לאפושי פלוגתא לא מפשינן והדברים ברורים לע"ד מעתה העולה מכל האמור דבנ"ד אך יצא יעקב זכאי בדינו מכל צד שהרי עיקר מה שאנו דנין עליו הוא במונח שנפרדו ת"ז דע"ז קאי דברי הרשד"ם דסי' קס"ט וכבר הוכחנו מתשו' הגאונים ז"ל דתנאי זה לא מקרי ת"ז וגם אפי' להרב יכין ובועז יודה ואם עדין יש מקום לומר דנ"ד מקרי תוך זמן כבר כתבנו דדברי הרשד"ם אינם מוסכמים דהרדב"ז ומהרי"ט ומהראר"כ והב"ח בתשו' פליגי עליה ומה גם דלדעת הרב בה"ג וה' בני אברהם גם מהרשד"ם יודה וגם דלפי ע"ד כיון דנהגו תגרי בהכי הוי דינא ממש וכמ"ש לעיל וגם כבר כתבנו שכיון שנפרדו וכאלו חשבון לפני הגבירי' ב"ע יודו וכמ"ש בתשו' הב"ח מעתה כיון דלהקת הפוסקים דהוו רובא דרובא נתבטלה השותפות א"כ אין מקום לומר דחיישי' לס' שבועה שהרי כבר כ' הרב בני אברהם בחח"מ ס"ס ט"ו דהא דקי"ל ספ' שבועה להחמיר היינו דוקא בספק שקול אמנם אם רוב הפוסקים ס"ל דנתבטל השותפות ומיעו' ס"ל דלא נתבטל אזלינן לקולא כיון דאיכא רוב לא יצא חמור מאיסור חלב אחרי רבים להטות יע"ש ואני אומר דדבר ה' בפיהו אמת דהא עיקר מה שאנו אומרים ספק שבועה להחמיר הוא מטעם דהוי ספיקא דאורייתא ולחומרא וכבר נודע מ"ש הרשב"א בתשובותיו בחלק א' סימן רנ"ג ופסקה מור"ם בחלק ח"מ סימן כ"ה ס"ב וז"ל ואם הוא בהוראת איסור והיתר והוא דבר אסור מדאורייתא ילך לחומרא ואם דבר דרבנן ילך אחר המיעו' ודוק'

אם שני החולקין הם שוים אבל אין סומכין אדברי קטן נגד דברי גדול ממנו בחכמה ובמנין וכו' וכן אם יחיד נגד רבים שהולכים אחר הרבים בכל מקום וכו' ע"כ וכן העלה הש"ך שם בכללין ס"ב אות י"א ע"ש גם מהרש"ם חי"ד סי' ע"ה וח"ה סי' ת"א וסי' ז' כתב דאזלינן בתר רובא באיסורי תו' והביא ראיה מתשובת הרשב"א הנז' יע"ש ועיין מהר"ם הלוי חי"ד סי' ו' ע"ש והנה שראיתי להרב מהר"ם ן' חביב ז"ל בכללו כלל א' וכלל ה' שהביא מכמה מקומות שמצינו שמתירים הפוסקים כדעת מיעוט פוסקים נגד הרוב וטעמא טעים דבעי' רובו מתוך כלו והכריח מתשו' הרשב"א שהביא הב"י בח"מ סי' י"ג וכן בי"ד סי' רכ"א ומתשו' הריק"ו שו' קפ"א ומתשו' הרלב"ח בפסק הסמיכה ומזה תמה על ת' הרשב"א דסי' גר"ן הנז' ובכלל ה' חילק בין יחיד נגד רבים ובין מיעוט כנגד הרוב ועוד חו' אחרים יע"ש מ"מ כבר ראיתי להרב גדול הדור שאחרון בחק"ל י"ד סי' פ"ב שדחה דבריו ומסיק דלא בעי' רובו מתוך כלו אלא דברוב מתוך כל מתבטל דעת היחיד ביטול גמור שלא יוכל להורות גם הוא בשיטתו מה שאין כן ברוב דאינו מתוך כל אכן לדידן אזלינן בתר רוב הפוסקים אף לקל בד"ת הגם דלא הוי רוב מתוך כל יע"ש ואם כן בנ"ד דרוב הפוסקים ס"ל דבטלה השותפות הגם דאיכא שבועה אזלינן לקולא ומה שנתבאר בראש שמ"ש הרב פ"מ בח"ב סימן קט"ו לענין שני שותפים שמת אחד מהם דרוב הפוסקים ס"ל דבטלה השותפות זולתי מהר"ם שהביאו המרדכי פרק המקבל דס"ל דלא בטלה וכתב הר' הנז' דמ"מ מידי ספיקא לא נפקא ופ' שבו' להחמיר יע"ש ואחרי נשיקת עפרות רגליו ליתא כיון דסב' מהר"ם הוי יחידאה נגד רוב הפוסקים וליכא דחש לה וכמ"ש הוא עצמו בח"א סי' ע"ח הא ודאי שאין לחוש לספק שבועה כלל אליבא דכ"ע ובפרט דהוא יחיד בסברתו בטלה דעתו נגד רוב הפוסקים רוב מנין ורוב בנין ופשוט ואיך שיהיה הגם אח"ל דהוי ספק משא"כ האמת מ"מ הלא נודע מ"ש הטור הל' י"ד סי' רל"ז דלרש"י והרמב"ם כל שבועה שאינו בשם או כינוי ליכא בה לא קרבן ולא מלקות ולהרמב"ן והרא"ש איכא מלקות יע"ש גם פלוגתא אחריתי במושבע מפי אחרים בלתי שם או כינוי דלר"ת לא הוי שבועה אפילו לאסור וכן נרא' דעת הרא"ש והטור יעשו"כ אבל דעת הר"ן ריש פ"ק דנדרי' הפך ר"ת דאף במושבע מפי אחרים בלי שם או כינוי נאסר יע"ש והנה שהרב פני משה בח"א סי' ג"ן ס"ל דהפושט ידו לישבע הוי מושבע מפי עצמו יע"ש מ"מ פלוגתא קמייתא כדקאי קאי וכבר ראיתי להרב זרע אברהם חי"ד ס"ס כ"ד שכתב דנשבע מפי עצמו בלא שם או כינוי הגם דלכ"ע איסורא איכא מ"מ יש להקל בספיקו כי רבו המתירין יע"ש גם הרב עדות ביעקב ס"ס ל' היקל בח"כ בלא שם וכינוי דהוי דרבנן וספיקו לקולא יע"ש והנה שראיתי להרב חק"ל י"ד סי' קכ"ח הביא פלוגתא בזה אי שבועה בלא שם וכינוי הויא דאורייתא או דרבנן ונ"מ לספיקא והביא דעת מהרי"ט בספר שארית יהודה בי"ד ס"ו לענין דם כלים דאינו מפו' בתור' ולא עבר עליה כלהו דספיקו דרבנן והרב בה"ג חלק עליו וסבירא ליה דספיקו אסור בס' דאורייתא' דהוי לחומרא ולסוף מסיק הרב ז"ל דגם באיסורי תורה גרידי ספיקן להחמיר יע"ש מ"מ מידי ספיקא לא נפקא ולענין נדון שלנו מ"מ הוי ס"ס ס' אי במחלוקת רוב או מיעוט אזלינן לחומרא או לא ואם ת"ל לחומרא ס' באיסור דאורייתא דאינו בלאו אי הוי להחמיר או להקל והו"ל ס"ס דגם בדאורייתא' מקלינן וכ"ש דהרואה יראה דאפילו במחלוקת שקול דספיקו ד"ת איכא פלוגתא אי דאורייתא אי דרבנן וכמ"ש הרב חק"ל שם סי' ק"ח יע"ש ואיך שיהיה באצטרף ספק אחר עמו הוי ס"ס ולהקל ע"ש סי' קי"ט וכ"ש בנ"ד דאינו מחלוקת שקול ואית ביה ס"ס דודאי אזלינן ביה לקל וכ"ש וק"ו דאעיקרא דמלתא בנ"ד קאי על יסוד דהוי תוך זמן ממש ולפי מה שהוכחנו מת' הגאונים ז"ל אין זה אמת והגם שכתוב בשטר שכ' זמן שסטר זה קיים תהיה השותפות קיימת אין הכונה לומר שיוכלו לעכב זע"ז כל זמן שהשטר קיים כדרך המשתתפים לזמן שיכולים לעכב כל זמן שלא הגיע זמנם אלא לומר דאם תהיה נמשכת השותפות ביניה' בשתם תהיה נמשכת והולכת עפ"י התנאים הראשו' כ"ז שהשטר קיים מבלתי שום שינוי אבל אם יסכימו להפריד החבילה אין קיום השטר מקיימם וכל שכן שנתרצו ויאותו שניהם בכתבם פעמים ושלש שכבר נפרדו זה מזה והנה אם תרצה לומר שהדבר ספק אם לשון זה של השטר דמי לתשו' הגאונים אי לא מ"מ הו"ל תלתא ספיקי בשבועה ולכ"ע אזלינן לקולא ומה גם אם נצרף לזה מ"ש מהרי"ט חי"ד סי' כ"א דכל שהענין מעיקרו הוא במחלוקת ונשבע חייב להשלים מכח שבועתו אבל היכא שהענין נעש' בדין ושוב אתיליד ריעותא הואיל והופקע הקנין הופקע' השבועה וכ"כ בח"א סי' ס' דע"כ ע"כ ע"ש והרב כה"ג הביא דבריו בסי' ס' הגב"י סוף אות מ"ט מבלתי שום חולק יע"ש גם הרב פמ"א בתשו' למד ממנו לנ"ד דלא אמרינן ספק שבועה להחמיר אלא היכא שמתחילה הדבר במחלוקת משא"כ אם נתחדש דבר מה אחר השבועה וכתב דכל האחרונים דפליגי אמהריב"ל מודו בזה יע"ש וקרוב לזה כתב סמ"ע סי' ע"ג ס"ק כ"ב יע"ש מעתה לדידי הדבר ברור דבתר כל הני ספיקי דאיכא בנ"ד אזלינן לקולא וכ"ע יודו בזה כנלע"ד ' וא"ת דהגם דנימא דספיקא להקל מ"מ בנ"ד שבני יהודה הם מוחזקים יכולים לומר קי"ל ואפילו במיעוט כנגד הרוב להחזיק כמה שביד' והנה גם על זה אנכי הרואה שבנ"ד אינם יכולים לומר קי"ל ומוציאין מידם מכמה טעמי אבר כמעט שספיקו כ"א לבדו וכ"ש בהצטרפם יחד תחילה הלא הרואה מ"ש הראנ"ח בח"א סי' ק"ע דהיכא דאינו זוכה המוחזק כי אם בתלתא קי"ל ואפילו בפלוגתא דרבוותא לכ"ע מוציאין מיד המוחזק והכא בנ"ד צריכים המה לומר ב' או ד' קי"ל ועיין להר' פני משה בח"ב סי' נ"ט דק"ז ע"ד שנסמך אחרי הרב מ"ז הראנ"ח ז"ל וכ"כ הרב מטה יוסף בח"א ח"מ סי' יו"ד דק"כ סע"כ עי"ש והנה כי עין רואה להכנה"ג בכללי הקי"ל אות פ"ד שכתב שהרב משפט צדק ומהרח"ש והר"י הלוי ומהרי"ט חולקי' ע"ז וכן השכים הרב כה"ג דכל שאתה מרבה ספיקות וס' ספיקות אין להוציא מיד המוחזק וקצת תימה על הרב מטה יוסף שהוא אחרון ששמע הדברים כאלו הם מוסכמים ולא זכר כי רבו החולקים בזה מ"מ זה לא תברא

בנ"ד

בנ"ד שכבר ראיתי לגדול הדור הרב חק"ל ז"ל בא"ה סי' מ"ב ובח"מ סי' פ"ג שכתב דהיכא דאיכא תלת ספיקי ותרי רובי נגד המוחזק מוציאין מידו יע"ש והנה בנ"ד איכא תלת ספיקי ותרי רובי שהם נגד המוחזק וכאשר אבאר וכ"ש דהכי קי"ל שרוצים היורשי' לומר המה חלשים שהרי כבר כתבנו דהיסוד הוא מתשו' הרב יכין ובועז והגאה דתשובת הגאונים הוייא תיובתיה ואין יכולים לומר קי"ל כהרב יכין ובועז וכמ"ש הרב מהר"ש אלאשקר בתשו' סי' ג"ן כתב רב שרירא גאון וחכמת הגאונים ופלפולם הוא הדבר אשר ליום ה' אל משה וכו' וכל החולק על דבריהם כחולק על ה' ועל תורתו עכ"ל וגם הרא"ב"ד שביאו טח"מ סי' כ"ה כתב דאין בזמנינו זה מי שיוכל לחלוק על דברי הגאונים וכו' והחולק על דברי גאון הוי כטועה בד"מ וחוזר יע"ש ואם כן פשיטא שלא יוכל לו' קי"ל כנגדם וכ"כ הרב מטה ש' בכללי שקי"ל אות י"ב וז"ל פוסקים שפסקו הפך מגדולי המורים הראשונים מהם בעבור שלא ראו דבריהם יען לא יצא טבעם בעולם לא אמרינן קי"ל כוותייהו אלא אזלינן בתר סברת הראשונים יען אף הם נמי אלו ראו סברתם היו מורים להם וכו' עכ"ל וכ"כ הרב כה"ג בתשו' ח"מ ח"א סימן ע"ג והביאו המטה שמעון שם וז"ל אבל מה שנמצ' כתוב בתשו' גאון ז"ל ולא בא זכרונו על ספר ידוע אפי' שימצא פוסק אחרון שיפסוק הפך הגאון הקודם לו איכא למימר דילמא לא שמיע ליה לפוסק האחרון דבריו ואי הוה שמיע ליה הוה הדר ביה וכן תפסו כל האחרונים עכ"ל וזה כ' הרב על דברי הרשד"ם ומהר"א ששון נגד מרן והמבי"ט שהמה היו קרובים אחד בזמן וכ"ש וק"ו בנדון דא דנ"ד בד' הרב יכין ובועז נגד תשו' הגאונים דאין ספק שדבריו בטלים נגד דברי הגאונים ואם ירצה שאומר לו' שהגאונים עצמם אולי ומודו לדברי הרב יכין ובועז דתנאי זה מועיל כאלו נשתתפו לזמן ולא אתו אלא לאפוקי שלא יאמר דהוי כאלו התנו שיעמדו בשותפות לעול' והאז אפילו אכל הקרן הוי השותפות קיימת ואתו למימר דלא הוי כנשתתפו לעולם אלא לזמן וממילא אם אכל הקרן אבדה השותפות גם אני אומר דהא ליתא ודאי דא"כ למה להו להגאונים לומר דתנאי זה לחזוקי ולברורי דמשמע דאין זה תנאי גמור הו"ל למימר דגם אם באמת תנאם תנאי גמור הוי מ"מ היינו אלא כתנאי שותפות לזמן דאם אכל הקרן בטלה השו' אלא ודאי דעתם לומר דתנאי זה אינו תנאי גמור ומתחילה כך דעתם דאם יפרידו שותפותם או שיאכל הקרן מ"ו הגם שהשטר עדין קיים לא מעלה ולא מוריד וכ"ש וק"ו בנ"ד שכן הוא האמת שהרי התנו ביניהם בתוך השטר שלא יעשה שום אחד דברים מבלתי ידיעת חבירו ולא יעלים דבר מחבירו וישאו ויתנו יחד זה עם זה ואיך יתנו אחר כך תנאי אחר שהוא סותר הקודם שהוא במשכת שותפותם כל זמן שהשטר זה קיים שלפי דברי בני יהודה הכונה בתנאי זה שלעולם תהיה במשכ' מבלתי הפסק אפילו שכל אחד יעשה מה שלבו חפץ הא ודאי ליתא אלא כונת תנאי זה לחזוקי ולברורי שאם ירצו להמשיך שותפותם כסדר הראשון תהי' במשכת כל זמן שהשטר קיים וכבר כתבתי דמה שמשך יהודה קרנו ונשא ונתן בו בחלקו ולצורו הוי בדין אבד הקרן וליכא למימר שיביא כל אחד מהם הריוח שהרויח ויחלוקו הכל דהא ודאי אנן סהדי דאדעתא דהכי לא נשתתפו וכמש"ל ·

וגם אני אומר דלו יהא דנ"ד הוי כשותפות לזמן וכנ"ד דהרב יכין ובועז וחזר הדין לפלוגתא דרבוותא דמהרשד"ם והנמשכים אחריו עם הרדב"ז והרא"ד"ב והב"ח ומהרי"ט לפי מ"ש הרב ר"ן ויוכל המוחז' לומר קי"ל כהרשד"ם ודעמיה עכ"ז אמינא ולא מספקינא דהא ליתא כלל בכמה וכמה טעמי חריפי נכונים ואמתיים אשר כל טעם יספיק לבדו שלא לומר קי"ל בנ"ד חדא כיון דנ"ד לא הוי כאמירה בעלמא אלא בכתב שכתב יהודה ליעקב שאפי' אם ירויח עשרים וכו' אינו רוצה ממנו שום דבר וכו' גם הרשד"ם יודה בזה וכן ראיתי להרב ר"מ ור"מ דמתא בגדד יע"א בר"ו שכ' טעם זה והביא ראיה מדברי הרשד"ם שכתב בסי' קי"ט יעו"ש גם מטעם שבהיות יהודה כ"ע בחיים לקח פסקא דדינא מהרב הגדול כמוהר"ש חיים זלה"ה בעד סך הפסד שהפסיד הרי"ן מאלף מעות שלא ליד שלום כהן בחשדי של ש' חס"ס ובתוך פס"ד הנז' מבואר שיהודה פטור מהפסד הנז' יען היותו אחרי הפרדת השותפות הרי שסבר וקביל בעלם ענין הפרידה בכל לב ובזה גם הרשד"ם יודה וכ"כ א' הפוסק הנז' הי' ודבריו נאמנו מאד גם ממה שישבו הנבירים דמתא בגדד יע"א במעמד הרב הגדול זלה"ה ועשו חשבון של הפרדת השותפות ובאותו פרק לא טען יהודה שותפותם קימת והא ודאי לאו כל כמיניה דיהודה וכ"ש בניו לחזור ולטעון על השותפות וגם בכי הא יודה הרשד"ם ז"ל · ואם על כל זה יתעקש אדם לומר דכל כי הא מנן שוו יא ועדין המוחזק יכול לומר קי"ל מ"מ לענ"ד דהא נ"כ ליתא דהא כד דייקת שפיר הוי הרשד"ם יחיד נגד סרבין תלת' ש"ה הרדב"ז והרא"ד"ב והב"ח וגם מהרי"ט לפי ס' הר"ן והגם שנמשכו קצת מהאחרונים אחרי הרשד"ם לא מכרעא שום גרם להם שלא ראו מי שחלק עליו והגם שהרב בני חיי והרב כהונת עולם ראו להרא"ד"ב שחולק מ"מ הוי חד לגבי חד ולא עוד אלא דהוי תלמיד במקום הרב ואלו היו רואי' להרדב"ז וגם להב"ח בתשו' שעומדים בש' הרא"ד"ב היו חוזרים וכמ"ש הרב כנה"ג על דברי הרשד"ם ומהרא"ח וגם אני אומר על הרשד"ם אלו היה רואה דברי הרדב"ז הוה הדר ביה גם הרב בני חיי והרב כהונת עולם לא ראו דברי הרב כה"ג שעדין לא יצא טבעו בעולם בימיהם ואלו היו רואים ששוה דעת הרשד"ם עם מהרא"ד"ב היו חוזרים בהם ומה גם דהרב בני אברה' ז"ל והרב מהר"ם לנייאדו ז"ל המה אחרונים דחו ד' הרב בני חיי והרב כהונת עולם והסכימו ד' הרשד"ם והרא"ד"ב ובלי ראות תשו' הרדב"ז והב"ח וכ"ש וק"ו אנן בדידן דראו עינינו להרדב"ז והב"ח ומהרי"ט לפי דברי הר"ן דאיפלוגי איפלוג על הרשד"ם הא ודאי דכל מאי דמצי' להשוות סברתם מבלתי פלוגתא משוינן ואפושי פלוגתא לא מפשינן ובודאי דכל כי הא אין המוחזק יכול לומר קי"ל ומוציאין מיד המוחז' כנלע"ד ·

עוד אני אומר דאיכא עוד טעמא אחרינא דאין לומר קי"ל בכה"ג דנ"ד דהגם דקי"ל בכל דוכתא שהמוחזק יוכל לומר קי"ל אפילו במיעוט נגד רבים

רבים מכל מקום וזהו דוקא כשסברת המיעוט היא ברורה דמסייעת להמוחזק אבל כשסב' המיעוט היא מסופקת אין המוחזק יכול לומר קי"ל וגדולה מזאת אמרו כיון דקי"ל דאין לומר קי"ל כפ' היכא שכל חכמי ישראל חלוקים עליו הנה כשאנו רואים סברא יחידאה באיזה פוסק ואנו רואים שיש עוד פוסק שסובלים דבריו שני פירושים אחד כש' אותו היחיד והאחד כמי שחלוקים עליו אין לומר קי"ל בכי האי גוונא כיון דאפשר דהוי סברא יחידאה ומש' אין לומר שהם שנים כיון דמד"ת אזלינן בתר רובא וכ"כ הרב מהר"ש גאון בתשו' סי' ט"ו דכ"ז ע"ד יע"ש וכ"כ הכה"ג בת' ח"מ ח"א סי' קל"ד דקל"ג ע"ד יעו"ש · וכ"כ הרב דרכי נועם ח"מ ס"ס ט"ו וכ"כ הרב תוקר"ת יהודה שובה בתשו' זרע אברהם ח"מ דע"ח ע"ג יע"ש וכ"כ הרב פמ"א בתשו' ח"א סי' קי"ט יע"ש וכ"כ הרב משאת משה ח"מ סימן י"ד וכ"כ הרב גדול הדור חק"ל בתשו' ח"מ סי' קכ"ה דר"כ ע"ג והביא ראיה מתשו' הריב"ל ח"ב סימן ל"ז ודחה דברי הרב אסק שלמה שנמנם ע"ז יע"ש והנה שראיתי להרב בית דוד בתשו' ח"מ סי' והרב דבר משה בתשו' שכתבו שיוכל המוחזק לומר קי"ל אף בכה"ג מ"מ נראה דלא קי"ל הכי שהרי הם ז"ל לא ראו כל אלו הפוסקים שכתבנו שהם חלוקי' בזה ובודאי אלו היו רואים דבריהם היו מודים בהם ולו יהי דפליגי הרי איכא הכא רובא נגד ד' הב"ד והד"מ ותזר הדין למ"ש לעיל דהיכא דאיכא תלתא ספיקי ותרי רובי נגד המוחזק מוציאין מידו והכא בנ"ד איכא כמה ספיקי ספק או בכי ה"ג דב"ד ס"ל למהרשד"ם דעדין השותפות קיימת או דיורה בנ"ד מכמה טעמי תריצי שכתבנו לעיל והמה עיקר לע"ד ואת"ל שגם בנ"ד ס"ל להרשד"ם דעדין השותפות קיימת מ"מ כבר כתבנו דרבים פליגי עליה הרדב"ז ומהרא"ד והב"ח ומהרי"ט והוה ליה רובא דמסייעי להתובע נגד המוחזק ואת"ל שגם בכה"ג יוכל המוחזק לומר קי"ל כהרשד"ם הרי כבר כתבנו דאין דברי הרשד"ם ברורים שהרי לפי דברי הרב כה"ג והרב בני אברהם גם הרשד"ם יודה ובכל כה"ג דסברת הרשד"ם מסופקת אין המוחזק יכול לומר קי"ל וכמ"ש רוב הפו' הנז' והנה דהרב ב"ד והד"מ ס"ל דגם בכה"ג יוכל המוחזק לומר קי"ל הרי איכא רובא דפליגי ביה וכמ"ש והו"ל תרי רובי נגד המוחזק ומוציאין מידו וכמ"ש הרב חק"ל ומה גם בהלכתא לזה מ"ש הרב כנה"ג בת' ח"מ ח"א סי' קס"ד דקל"ח ע"א משם הרב מהר"ש גאון ז"ל דהזוכה מטעם קי"ל אין יורשיו זוכי' באותו ממון הלא כשטען המוריש בחייו קי"ל אבל כל שלא אמר בחייו קי"ל ומת אעפ"י שהיה יכול לו' קי"ל אין יורשיו יכולין לומר קי"ל עכ"ד ודון מינה ומינה לנ"ד כיון שיהודה בחייו לא טען כן ואדרבה החזיק במעות ההפרדה וכמו שראינו שלקח מעשה ב"ד מיד הרב הגדול זלה"ה שהוא פטור מהפסד ה"ר שלום כהן כיון שהיה אחרי ההפרדה מהשותפות ואם כן סבר וקביל עליה ענין ההפרדה ונלב"ע ולא טען לספק אם כן גם יורשיו אינם יכולים לטעון ולזכות מטעם קי"ל והנה שראיתי להרב כה"ג שם שכתב על דברי מהר"ש גאון ז"ל וז"ל ואם כך הוא דעתו יש לתמוה מנ"ל הא יע"ש מ"מ הרואה ירא' בת' להרב עדות ביעקב בדנ"ט והקנ"ט שכתב סברא זו דמהר"ש גאון והביא לה סמוכות מדברי מהר"ם בר ברוך יע"ש והו"ל מהרש"ג והרב עדות ביעקב רובא נגד הרב החבי"ב מכל מה שכתבנו עלה בידינו דיעקב הכא בשט' זכה בדינו והקדשו הקדש והקדישו את קדוש יעקב וכמו שהסכים ה' הפוסק שיחיה ויפה דן יפה זיכה ולנו ישראל יגילנו משגיאות ויראנו מתורתו נפלאות אכי"ר כה מעתיר הצעיר

חיים מרדכי

לבטון

ס"ט

סי' י"ב נשאלתי

לחוות דעי בראובן שהיה עליו כתובת אשה וידוע הוא דבכתובות שלנו כותבין שיעבוד מטלטלי אגב מקרקעי ואחרי שנשא כמה שנים מתמת שמטה ידו ולא היו מאמינים אותו ילא אחיו שמעון וקנה לו סחורות מעכו"ם וכתבו תמיסוק ע"ש שניהם רלמ"ג ואחרי זאת ראובן הנז' נלב"ע וחלי"ם ואחיו שמעון הנז' תפס סחורות משל אחיו ראובן בעבור התמוסוק שנתחייב לעכו"ם בעבורו ובעת באה אלמנת ראובן ורוצה להוציא מיד שמעון הנז' בעבור כתובתה יען כי היא מוקדמת זה כמה שנים ושמעון תפוס בנכסים ונשאלתי אם מוציאין מיד שמעון לפרעון הכתובה המוקדמת או לא ·

והנני אסיב דין זה כבר בא בספרי הפוסקי' ראשונים ואחרונים אך כתבתי זה להיות לי לזכרון ספרי דבי רב הם המדברים בענין זה והאומר דודאי אם אלו הנכסים שתפס שמעון הם ידועים שהיו לראובן קודם שנכנס אחיו ערב בעדו הא ודאי שמוציאין מידו דבב"ח מאוחר ליכא ת"ס וכמ"ש מרן בב"י סי' ס' ובש"ע סי' קי"ב ואף שרבו החולקים מ"מ אנן בתריה דמרן גרירן ואין המוחזק יכול לומר קי"ל אך הספק הוא כי הם סחורות ובכהאי מחזקינן להו בלוה ולוה ואח"כ קנה וכמ"ש בב"י בסי' ק"ד ומכ"ש אם הם ידועים דקנה אחרי שני הלואות דכפי הנראה דתפיסתו תפיסה אך הכתי הויא פלוגתא דרבוותא דלמהרש"ך ח"א סי' ל"ה ס"ל דבמלוה ע"פ מאוחרת אפי' בנכסים שלוה ולוה ואח"כ קנה אפ"ה מוציאין מיד הב"ח המאוחר וכ"ן מדברי מהר"י אדרבי בתשו' סי' ס"מ אך מהרשד"ם ח"מ סי' ר"י ס"ל דבנכסים שקנה אחרי שתי הלואות אף עפ"י שמע"פ מאוחרת מה שגבה גבה והביא ראיה מדברי הר"ן פרק מי שהיה נשוי יע"ש וכן מבואר בתשו' לחם רב סי' נ"ו ע"ש וכן דעת הרב פני משה בח"א סי' ל"ג ע"ד מהריב"ל ע"ש ואם כן כיון דהוי פלוגתא המוחזק יכול לומר קי"ל ואף שראיתי להכנה"ג בתשו' בעי חיי בשיות דח"מ סי' כ' שכתב דאין המוחזק יכול לומר קי"ל דמהרשד"ם הוי יחיד בדבר יע"ש מ"מ אנן דחזינן דהרב לח"ר והרב פ"מ סברי כמהרשד"ם והו"ל פרבין פלגא דקיימי בחדא שיטה ומכ"ש שראיתי לה' החבי"ב שם בסי' ל"ח ובסימן קי"ז דפסק דיכול המוחזק לו' קי"ל כמהרשד"ם וזוכה לתופס ובודאי דהדר ביה

דקמי

רב ממשמש שאלו אחרונות בסדר התשובה ועוד דקמי קרא מקמי קרי וכודאי זוכה שמעון בתפיסתו ועוד מצאתי בתשו' מהר"ש ן' חביב סי' כ"ו שדעתו מכרעת כמהרש"ם דבלוה ולוה ואח"כ קנה אף במע"פ מאוחרת אם קדם ונכנס לא מפקינן מיניה הנה מכ"ז היה נראה דזוכה שמעון בתפיסתו ואין כח ביד האלמנת ראובן להוציא ממנו. אך מטעמא אחרינא היה מקום לזכות להאלמנה להוציא מיד שמעון והוא ממה שראיתי להרב בה"ג בתשו' בעי חיי בשניות דח"מ סי' כ' שדן הרב על ן' שמעון שהיה ערב לגוים והוא תפוס דאליבא דכ"ע מפקינן מיניה מחמת שהוא ערב לגוים וקי"ל דאם היו על אחד בע"ח ישראל וגוים דלישראל יהבינן ואף שירא שיאסרוהו הגוים ומינה דן הרב דגם במי שהוא ערב לגוים דכיון דהלואתו היא לגוי חוב דישראל קודמו עש"ב והרב מהר"ם אלגאזי ז"ל בהסכמה עלה עם הרב החבי"ב בדין זה יעו"ש מעתה בנ"ד נ"כ דשמעון הוה ערב לגוים ולא לישראל ודאי אלמנתו קודמת ומוציאה מיד שמעון וכמו שדנו הרבנים הנז' בנ"ד ואף דבשאני לעצמי אחרי נשיקת עפרות רגלי הרבנים הנז' לדידי אין דמיונם עולה יפה דהא התם סוף הגוי בתר עיבא קאזיל ונפרע מהישראל ואין מידו מציל א"כ מאי חזית להפסיד לישראל ולא לשאר הבעלי חובות ומה דמות ערבו לישראל וגוי שנושים בישראל דודאי לישר' יהבינן ולא לגוי דהתם לא מטיא שום פסידא לאיזה יש' אחר ודאי עמי וגוי עמי קודם וזה ברור '

ואחרי חפש"י בהמחות ספרי האחרונים ראיתי להרב מטה שמעון בסי' ק"ס שהביא דברי הרב החבי"ב בתשו' הנז' וכתב עליו שלא הבין דבריו והב"ע יעו"ש מ"מ מי יוכל לדון ולהוציא ממון נגד הרבנים הנז' והנה אמת שנר' לע"ד לחלק ולומר דהכא בנ"ד אף הרבנים הנז' יודו דהתם שאני דהבן שמעון ילא ערב לגוים ועיקר הלוה הוא אביו והוא ערב בעדו אך בנ"ד דכתבו שתמיסוך על שם שניהם דלא מזה נוכה דלמ"ג אם כן מן הראוי הוא דיקח ש' עם אחיו מחלית הממון כיון שהוא נ"כ היה קונה ולוה מאת העכו"ם בעלי הסחורות ואפי' שבי שהגדיל חסדו עם אחיו ונתן לו כל הממון להסתחר בו א"כ הו"ל כקונה לעצמו ומכרו לאחיו ואין לך חוב של ישראל גדול מזה ואפשר היה לומר דכיון דכתוב בתמסוך דאם דלא העכו"ם לגבות כל החוב משמעון נוכה הו"ל בכל הסחורה כקנה ומכר לאחיו אלא דלפחות נראה דבחלי התמיסוך שהוא שלו כיון שקנו ביחד בשות' הו"ל כקנה ומכר מחדש לאחיו ואין מוצי' מידו אלא מחלית שיעור תמיסוך לפחות והשאר זוכ' בתפיסתו וכזה לע"ד ראוי לדון ולהורות · האמנם אחר זמן רב את זה מצאתי להרב מולל מאש דף כת' סי' מ"א שכתב דהגם דס"ל למרן שבכ"ח מאוחר לא עשו ת"ה מ"מ לא כתב כן אלא לגבי כ"ח דזכוותיה ששניהם כ"ח אבל לגבי כתובה גם מרן יודה דגם בכ"ח מאוחר עשו בו ת"ה דכיון דכל אדם יש עליו חוב דכתובה וא"כ אין מי שישא ויתן עמו וכודאי דבכה"ג איה' לת"ה וא"כ יוצא לנ"ד דאין יכולה האלמ' להוציא מיד שמעון הנז' בשאלה אכן לע"ד אחרי נשיקת עפרות רגליו האחרונים חלוקים עליו בזה ומלבד מה שכתב דלא מצא גילוי לזה אלא דאדרבה נראה שחלוקים עליו כי הנה מתשו' מהר"ש ן' חביב כ"ו שהבאתי בפסק שאחר זה בענין הכתובה נרגש מדברי מרן דס"ל דבכ"ח מאוחר לא עשו ת"ה ש"מ דס"ל דבכל גוונא ס"ל למרן דלא עשו ת"ה בכ"ח מאוחר אף כנגד כתובת אשה ובפרט שכבר יצא לאויר העולם ש"ח מרן ז"ל בס' אבקת רוכל והמעיין שם בסי' ע"ו יראה דליתנהו לדברי הרב מולל מאש מעתה אין מקום לסמוך על דברי הרב בדין זה ואפי' לסניף וק"ל :

סי' י"ג שאלה

יעקב שהיה לו שלשה בנים והוא היה איש ידוע סוחר טוב ולעת שנתגדל ראובן בנו הגדול הושיבו עמו בחנותו כמה שנים עד שכמעט שנעשה ראובן עיקר במשא ובמתן ובמשך הזמן השיא יעקב את בנו ראובן הנז' כאשר תמצא ידו בעושר ובכבוד גם הבן האמצעי של יעקב והוא שמעון השיאו אביו בחייו אך לא נכנס עם אביו בחנות והיה נושא ונותן לבדו ולא הצליח במשא ומתן שעשה והנה אחרי ימים רבי' שנשא ראובן קנה אביו יעקב חורבה אחת לבנותה והוציא עליה כמה הוצאות ויען שההוצאה היתה מרובה עליהם לקח ראובן הנז' מנדונייית אשתו סך שלשת אלפים גרוש מ"מ והוציא בבנין הבית אחר זמן רב עברו בין ראובן ואביו יעקב טענות ותביעות שראובן הנז' תבע מאביו יעקב הנז' השלשה אלפים שהוציא בבנין הבית ברשותו ועוד תבע ממנו שהוא מתעסק עמו במשא ובמתן זה ארבע עשרה שנה והגם שהוא סמוך על שלחנו מ"מ צריך הוא להיות לו קרן לריוח היום ונכנסו מתווכי השלום ופישרו ביניהם על שתי התביעות הנז' ועמד ה"ר יעקב הנז' וחייב עצמו לבנו ראובן הנז' בסך שבעה אלפים גרוש שיפרעם לו לסוף י"ב חודש ושיעבד נכסיו מקרקעי ומטלטלי לפרעון השט"ח ובתוך הזמן של השט"ח נלב"ע וחלי"ש האב הוא יעקב הנז' האם יגבה ראובן הנז' השט"ח הנז' מלבד חלק המגיע לו מנחלת אביו כשאר בעלי חובות אם לאו יורנו המור' ושכמ"ה :

תשובה לא נתברר בלשון השאלה מה טוענים אחיו של ראובן על ראובן לפוטרו בלא כלום מהשט"ח הנז' ואשר ע"כ הנני אשיב ע"כ הפרטים שיש לצדד שיפטרו האחים הנז' מהשט"ח הנז' ותחילה אומר דלכאו' יש לפטור לאחים מהסו' דגרסי' בב"ב דף נ"א אמר ר"ן המוכר שדה לאשתו קנתה ולא אמרינן לגלוי זוזי הוא דעבד מייתבי ליה מן העבד ששחררו מן האשה ויגרשה אין להם עליו כלום לאו משום דאמרי' לגלוי זוזי הוא דבעי שאני התם דלא ניחא ליה לשווי נפשיה עבד לוה לאיש מלוה והנה הרמב"ם ז"ל בפ"ב מה' מלוה כ' דהאיש שלוה מאשתו ואחר שלוה גירשה וכו' אין לה עליו כלו' שכל מה שהוא ביד האשה הרי הוא בחזקת בעלה עד שתביא ראיה שהוא מנדונייתה עכ"ל וכן פסק הטש"ע באה"ע סי' פ' ובח"מ סי' קכ"ז ע"ש והנה הרב מהר"י חזן בס' חק"ל ח"מ סי' ל"ה כ' דס"ל דלוה מן הבן הגדול וסמוך על שלחנו אין לו עליו כלום דלגלוי זוזי הוא דבעי או דלא משוי אנפשי' עבד לוה לאיש מלוה דאדרבה מצינו כח האב לגבי

הבן

הבן הגדול הסמוך על שלחנו גדול מבת הבעל לגבי האשה. וכו' וכן כתב הרב עצמו בספרו מערכי לב דרוש ל"ו בפשיטות יע"ש אך בתשו' הנז' כתב שלבו מהסס בדבר והדבר צריך תלמוד יעו"ש ואם כן דין מיגו ואוקי באחזקתה דאין ראובן הנז' מוחזק אלא הכל בחזקת האחי' כולם דאין להם חזק' זה על זה מי יוכל להוציא מידם דהא ודאי ראובן הוא מוציא מידם עליו להביא ראיה דאין דין זה נוהג כי אם באשה ולא בבן הסמוך ולא יהא אלא ממון המוטל בספק דחולקים ואמינא דאי מהא לא איריא חדא דלענ"ד אין לנו להוסיף מדעתינו מה שלא הוזכר בדברי הראשונים לא בגמרא ולא בפוסקים ועמייהו איכא למימר דכל לגבי בריה גמר ומשעבד נפשיה וניחא ליה דלהוי עבד לוה וכו' דקרובה דעתו אצל בנו וכהא דקי"ל דמזכה לעובר שלו קנה משום דקרובה דעתו ואפילו במזכה לבנו דבר שלא בא לעולם דלכ"ע לא קני במזכה לבנו קני וכמ"ש המבי"ט בחל' שני סי' קל"ז ועיין בשטה שמעון הגה"ט אות כ"ה והרוצה יראה בתשו' הרשב"א ח"ב סימן כ"ו שנשאל במי שלוה מבנו ומת וכתב דתחילה יפרע הבן חובו ושוב יחלוקו יע"ש ואי איתא הו"ל להרשב"א לחקור אם היה הבן סמוך על שלחנו אם לאו אלא ודאי דס"ל דלא אמרוה אלא באשה ועבד דוקא ועוד הגם אי נימא כסברת החק"ל דגם בבן הוי דינא הכי מ"מ מצאנו להרשב"ץ ז"ל בת"ב סי' ש"ב שכ' דאשה שהוציאה שט"ח על בעלה אם כתוב בשטר שהם דרך הלואה שלוה ממנה בעלה אין לה כלום שכל נכסים שיש לאשה הם בחזקת הבעל ואם יתבאר בשטר שנשתעבד לה דרך מתנה וג"ח תטול אותם מהנכסים כשאר חובות עכ"ל מעתה גם בבן אף אם ת"ל דדינו כאשה היינו היכא שלוה ממנו בהלואה אבל אם נשתעבד לו שעבוד חדש דהיינו דרך הלואה אלא שכרי טרחו וכיוצא דלא יש מקום לומר דלגלוי זוזי הוא דבעי והוי כדין משתעבד דרך מתנה שכתב הרשב"ץ הא ודאי פשיטא דגובה כשאר בע"ח והא ודאי פשיטא דבסך שלשת אלפים שלקחם הבן והוציאם בבנין הבית אין מקום להסתפק דלא יגבה אותם דאפי' בסמוך על שלחנו אין מקום לומר שזוכה אביו בנדוניית אשתו ולא אמרו בכי הא דמה שקנה הוא לאביו אלא אפילו ד' אלפים שהם שכר טורחו אין אלו כדין שלוה אביו ממנו דמידי הוא טעמא דלגלויי זוזי הוא דבעי בכה"ג ליכא האי טעמא:

ועוד נלע"ד דאפילו באשה אם כתוב בשטר שנשבע לפרוע לה לזמן פ' הא ודאי לית למימר דלגלויי זוזי הוא דבעי או דלא ניחא ליה דלהוי עבד לאיש מלוה דהא ודאי אין מוציא שבועה לבטלה מפיו אלא ודאי שכונתו להשתעבד באמת ואין לומר דכיון דאתה בא לחייבו מחמת שבועתו אם כן אם מת אין בניו חייבים לקיים שבועתו דליתא דאין הכונה דאנו באים לחייבו מחמת השבו' אלא כיון דעיקר האי דינא אינו אלא מחמת אומדנא דאמרו ז"ל דעתו שאין כונתו להתחייב בעצם אלא דלגלויי זוזי הוא דבעי או דודאי לא ניחא ליה להיות עבד בדבר שהוא שלו וממונו הא ודאי בכגון ה"ג שחייב עצמו בשבועה ודאי שבטלה אומדנא זו דאין אדם מוציא מפיו שבועה לבטלה ומההיא שעתא גמרי ומשעבד נפשיה והוי עלי' בחוב גמור וגם בניו חייבי' לשלם דהוי כשאר חובות והגם שבעת לא מצאתי כן בדברי הפוסקים שכתבו כן בדין לוה מן האשה מ"מ לע"ד הדין דין אמת וטעמא דמסתבר הוא ומ"מ בדין הבן שהרב חק"ל עצמו ספוקי מספקא לי' לע"ד בכ"ד שחייב האב עצמו בשבועה לפרוע לבנו במשלם י"ב חודש וכמו שראיתי מפורש בשט"ח הנז' דנשבע ש"ח וכו' לע"ד ברור דבכה"ג לא נסתפק הר' והבו דלא לוסיף עלה ובפרט בהצטרפות טעמא קמא דבקיבנא הא ודאי ברירא לן מלתא דאין מקום לפטור להיורשים מטעם זה אף אי יהיבנא ליה שיטתיה להר' חק"ל כנלע"ד ברור:

סי' י"ד נישאלתי מאת ראובן הטוב וריע כר"ו על מעש' שהי' שראובן

הנז' יש לו ביד שמעון מלוה ע"פ מזה כמה שנים והנה לוי שהוא יושב בליוורנו יע"א היה שולח ליד שמעון ספרים ושמעון הנז' היה מוכרם לאט לאט והנה מקץ עשר שנים שהיה שמעון הנז' פ'אטור ללוי הנז' שלח לראובן שליח לאמר לו הנה הוא רוצה לצאת ידי שמים לפרוע לו חובו כי ידע באמנה שראובן הנז' מטה ידו והוא מוכר מטלטלי ביתו לצורך פרנסתו והנה כי כן אם יש את נפשו להפרע חובו הנה יש לו ארגז אחד של אמתחת אם ירצה ראובן יקחנו בכך וכך ויקבל את חובו והמותר על חובו יתן לו במעות מזומנים והלך השליח הנז' אצל ראובן והגיד לו את דברי שמעון הנז' ויהי כמשיב דלפי ערך שתבע שמעון בארגז האמתחת הנז' יש בו הפסד מרובה ובפרט שעולה לקשלים לו דמי הארגז הנותר מדמי החוב במזומנים וכוני כוני עבר זמן מרובה ולא נגמר הדבר ביניהם האמנם יען שארגז האמתח' הנז' הניחו שמעון הנז' במשמרת של ראובן הנה בפעם בפעם נדחק ראובן אזוזי והוציא את הארגז הנז' ומכרו כי אמר שיתפשר עם שמעון בשומתו ולא עברו ימים מועטים ששמעון הנז' נלב"ע ותנצב"ה וגם אחרי כן לוי הנז' תושב ליוורנו נלב"ע ותנצב"ה גם והנה יורשי לוי הנז' הנה הגם פה בא"ץ הלזו וטוענים שכל מה שביד שמעון הוא ממון של אביהם ולאו כל כמיניה דראובן להפרע חובו ממנון שלהם וראובן משיב דמי יאמר שאין לשמעון ממון לעצמו לפרוע חובו והא מוכחא מלתא שכמה פעמי' דיבר שמעון עם השליח על ענין הארגז למוכרו לראובן להפרע חובו וישלים לו הנשאר יתר מכדי החוב ובלי ספק שמשלו הוא רצה לפרוע ולא משל אחרים והנה ראובן איש ירא אלהים וסר מרע ונפשו אותה לדעת אם יש שום פקפוק בדבר אשר ע"כ אותי ליוה לראות ולעיין בדברי הפוסקים להיכן הדין נוטה

ואומר כי הנה הרא"ש ז"ל בתשו' ריש כלל ק"ז הביאו הטור סי' ל"ט סי"א כתב וז"ל אי לקח לוי מיד שמעון כ"ח חפץ הידוע שהוא של ראובן לאו כל כמיניה וצריך להחזירו לראובן אבל אם אין ידוע בודאי דשל ראובן הוא לאו כל כמיניה לו' שלי הוא ואף אם שמעון מודה לו כי כל הנמצא ביד האדם הנו מחזיקין שהוא שלו עד שיתברר בעדים שאינו שלו והודאת שמעון אינה כלום להוציא מיד לוי וכו' יע"ש והנה מרן ז"ל בב"י כתב ועיין בהגמ"ר פ' ח"ן וכתבתיו בסי' ק"ה ע"ב ולכאורה

כדאה

נראה דהג"מ הנז' פליגי אהרא"ש היכא שמעון מודה דלהרא"ש אין הודאת שמעון כלום ולהג"מ כיון ששמעון מודה חייב להחזיר יע"ש בהג"מ סי' קל"ח וכן הבין מהר"י הלוי בתשו' סי' ע"ז דפליגי הרא"ש ומהר"מ יע"ש אך מהריב"ל בח"א סימן כ"ח כתב דט"ס נפל בתשו' מהר"ם וצ"ל שלוי מודה יע"ש ובתשו' הרא"ש וכ"כ הכה"ג סי' ע"ם הגב"י אות ע"ז יע"ש שתמה על מהר"י הלוי שעשה מחלו' בין מהר"ם והרא"ש ואיך שיהיה מרן ז"ל בש"ע סי' נ"ט ס"ג פסק לתשובת הרא"ש דהודאת שמעון אינה כלום :

האמנם יען כי ראיתי שהאחרונים נוחי נפש נבוכו בדבר הזה ולע"ד המעט סוא כי הדברים ברורים על כן מוכרח אני להאריך קצת וזה לשון תשובת הרא"ש ולמדנו אדוני אבא מארי ראובן שנתן לשמעון חפץ למכור ובא לוי בע"ח דשמעון ולקח מידו בחובו ועתה תבע ראובן החפץ מלוי ואומר שלי הוא כי נתתיו למכרו ולוי אמר לקחתיו ממנו בחזקת שהיה שלו ולא הוציאנו מידי עד שאפרע ועתה יורנו הדין עם מי כתב רבינו מאיר ז"ל שראובן אינו יכול למשכן ממונו של לוי שביד שמעון בשביל חוב שחייב לו שמעון המכש אין כאן עדים שראובן נתן החפץ לשמעון למכור ויכול לוי לומר אינו שלך אם שמעון מודה לו אפשר דקנונייא עשו ביניהם והודיעני כל הצדדים ואף אם יש שום שבועה ביניהם : תשובה בני שיחיה דע לך אם לוי לקח מיד שמעון בעל חובו חפץ שהוא ידוע שהוא של ראובן לאו כל כמיניה וצריך להחזיר' לראובן אבל אם אין ידוע בודאי שהוא של ראובן לאו כל כמיניה דראובן לומר שלי ואף אם שמעון מודה כי כל הנמצא ביד האדם אנו מחזיקין אותו בחזקת שהוא שלו עד שיתברר בעדים שלא היה שלו והודאת שמעון אינה כלום להוציא מיד לוי ואין כאן עסק שבועה אם לא שיטעון ראובן על לוי אתה יודע בודאי שהחפץ שלי הוא ישבע שאינו יודע שהוא שלו עכ"ל הרא"ש בתשו' והנה הרואה יראה מלשון השאלה ששאל בנו של הרא"ש לאביו שדעתו שמה שכתב רבינו מאיר שראובן אינו יכול למשכן ממונו של לוי וכו' דוקא בדליכא עדים שזה ממונו של לוי ומה ששאל לאביו הוא היכא דליכא עדים אלא שש' מודה שהוא של לוי ועל זה השיב הרא"ש ז"ל דהא ודאי אם לוי לקח מיד שמעון בע"ח חפץ שהוא ידוע שהוא של ראובן וכו' ור"ל שהוא ידוע בעדים שהוא של ראובן שהעידו שהפקידו בידו לאו כל כמיני' וצריך להחזירו לראובן אבל אם אין ידוע וכו' אף ששמעון מודה אין הודאתו כלום דאימור קנונייא עשו ביניהם כי חזקה היא שכל הנמצא תחת יד האדם הוא שלו אם לא שיתברר בעדים שאינו שלו והא פשיטא לי דמ"ש בשואל שכתב הר"מ שראובן אינו יכול למשכן וכו' הם הם דברי מהר"ם בתשובה הנז' שהביא המרדכי פרק א"נ והגהות מיי' פי"א דנחלות וז"ל התשו' שם ששאלתם על ראובן שהפקיד פקדון ביד שמעון ובא לוי ותפס הפקדון מיד שמעון בעבור החוב שנתחייב לו שמעון וראובן אומר מה לך אצל ממוני ושמעון מודה שהממון של ראובן דבר פשוט הוא שלוי חייב להחזיר הממון לראובן וכן פי' ר"י בפרק איזהו נשך גבי הני זוזי דיתמי קיבי

עבדינן להו וכו' אבל דבר המסויים לא דילמא פקדון נינהו ואתיא מאריה ויהיב סימנא ושקיל ליה וכו' עכ"ל והנה דברי ר"י הנאמרים על סו' דפ' א"נ והוא שם בסו' ד"ע ובפס' הרא"ש לשם ובמרד' סמוך וגר' קורם שהבי' תשו' רבי' מאיר ז"ל הנז' וז"ל המרד' שם ור"י הק' וא"ת ואמאי יהבינן ליה בסימנ' והלא לעלום יאמר המקבל לקוח הוא בידי ואפילו אם יביא המערער עדים שהיה שלו ויאמר המקבל לקחתיו ממנו נאמן במגו דהחזרתי דהא ודאי לא שוויה רעה וא"ת דהכא מיירי שהמקבל מודה שהוא שלו אם כן מה חילוק יש בין דהכא פריכא לדבר שיש בו סימן וי"ל בעוד שהמקבל בחיים לא חיישי' נילוי דאי אתי איניש ויהיב סימנא ושקיל ליה על ידי שהמקבל מודה לו ינכו היתומי' מן המקבל ואפילו מנלימא דאכתפיה אלא הכי חייטי' דלמא אתי ויהיב סימנא אחר מיתת המקבל כדאמרינן בהמפקיד גבי חשא וכו' ועוד הא קיהיב סימנא מ"מ דעל ידי סימנים שקיל מיתמי אפילו אבוהון אמיד וא"ת בטעון ליתמי דלקוח הוא ביד אביהם וכו' וי"ל דלא טענינן ליתומים אלא בכלים שהיה רגיל להשתמש בהם אבל אם לא היה רגיל להשתמש בהם שמא פקדון וכו' מיהו קימא אם המקבל יטעון בפני ב"ד שהוא שלו איך יוכל שום הובע להוציא מידו בנתינת סימן אפי' לא אמיד ומכ"ש אם הוא אמיר וכו' וכ"ש דמיד ב"ד לא יוציאו שהרי המקבל אומר שלי הוא ע"כ נראה מה שאנו חוששין כאן בדבר המסויים הוא שיבי' בעל החפץ עדים שהפקיד לזה כלי שכך וכך סימן הוה בו וכיון שמצאו ב"ד אותו סי' בכלי אין להם להעלים אלא יש להראות לעדים ויכירו אם זה הוא וכו' עכ"ל והנה מת"ש בד' ר"י וא"ת דהכא איירי שהמקבל מודה שהוא שלו א"כ מה חי' יש בין דהכא פריכא לדבר שיש בו סימן וכו' נראה לכאורה דגם בדבר שאין בו סימן אם המקבל מודה יחזירו לטוען שהוא שלו ואין חי' בין אם יש בו סימן אם לאו אלא הדבר תלוי בשהמקבל מודה וכאמת דהא בורכא היא דפשיטא דלאו כל כמיניה דדילמא עשו קנונייא ביניהם אלא שהדברים כאן בארוכה בדברי התו' שם בד"ה אתא מאריה וכו' שכתבו שם ואי חיישינן דילמא מודה ליה מקבל דשלו הן א"כ דהכא פריכא נמי ניחוש שמא מודה ליה וא"ת כיון דאין בו סימן לא יאמינו לו אם כן בדבר מסויים נמי ניחוש שמא הגיד לו וכו' מבואר מדברי התוס' דאם נאמר שנאמין לו במה שהוא מודה נאמין לו כין יש סימן או לאו ואם לא נאמין לא נאמין כל עיקר אף ביש בו סימן ולזה תירצו שבעוד המקבל בחיים לא חיישינן למידי דאי אתי איניש ויהיב סימנא והמקבל מודה וע"י כן נחזיר לו מ"מ ליכא פסידא ליתו' דיחזרו היתו' ויגבו מהמקבל אפילו מגלימא דאכתפיה אלא חיישינן דאתי איניש אחר מיתת המקבל ויהיב סימנ' והקשו עוד דכיון שאמר לפני ב"ד שהוא שלו איך יוציאו א"כ מיד המקבל ותי' דחיישינן שיביא בעל החפץ עדים שהפקיד ביד זה חפץ שסימניו כך וכך ואין לנו להעלים מהם והם יעידו שהוא החפץ שהפקיד אצלו וכו' ור"ל שאינו יכול לטעון לקוח כיון דליכא מגו דהחזרתי שצריך להראותו לעדים והו"ל כעדי ראיה וכן מבוארים הדברים בנ"י שכתב וז"ל ואף על גב דוה עשיר ואמור הי היך יהיב סימנין כיון דאית

ליה

ליה עדי פקדון והבינן ליה דהא חזינן הנך הסימנין הרי הנו עדי ראה שאין אנו יכולים לכתוב עדות וכיון דאיכא עדים וראה קי"ל דלא מהימן לו' לקוח וכו' עי"ש והנה נתבררו הדברים דאי איכא עדי פקדון וויהיב סימנא דהיינו נאמן לומר לקוח בידו וכ"ש וק"ו היכא שהמקבל מודה דעדיף מעדי ראה אך אמנם דוקא כדאיכא עדי פקדון אבל באמת דליכא מלתא דכל הדברים האלו לא יתכנו אלא בדבר שיש בו סימן דאי ליכא סי' מאי עדי פקדון איכא ומעתה צריכים אנו לו' דמה שהבי' מהר"ש ראיה לדינו מדברי ר"י היינו לומר דכדאיכא עדי פקדון אם שמעון מודה חייב להחזיר וכמו שדן ר"י דהיכא דאיכ' עדי פקדון ואתא מאריה וויהיב סימנא מוציאין מידו וגם מיד ב"ד והיינו נאמן לומר לקוח דהו"ל יד ב"ד בעדי ראה אף הודאת הבע"ד היכא דאיכא עדי פקדון הו"ל בעדי ראה ומוציאין מיד התופס ולזה שאל בנו של הרא"ש ז"ל מאביו דהר"ת כ' היכא דאיכא עדים אין ראובן יכול למשכן וכו' אמנם הכא כשאינו אין כאן עדים אם מועיל הודאתו או נאמר דקנוניא עשו והשיב דודאי שלא מועיל הודאתו דחזקה כל מה שביד האדם הוא שלו ולאו כ"כ לחוב לאחרים בהודאתו ולפי מה שפירשנו אפי' בדבר שיש בו סימן היכא דליכא עדי פקדון לא מהני הודאתו של ש' לחוב לאחרים אפילו כי יהיב האיך סימנא הימא קנונייא עשו ביניהם ומעתה מ"ש הרב מהר"י הלוי ז"ל בתשו' סי' ע"ז דפליגי מהר"ש והרא"ש תימה עליו איך סתם שלא כדעת מהר"ש ז"ל ובפרט שבנו השואל הביא דברי הר"ש ז"ל ועליהם נסתפק בנ"ד ומ"ש מהריב"ל ובה"נ סי' ע"ה דט"ס נפל בדברי מהר"ש בתשו' ונ"ל ולוי מודה שהממון של ראובן הרואה וראה דלפי דבריהם אין ענין תשו' מהר"ש הנז' לדברי ר"י שבפרק איזהו נשך כלל ועיקר ובכל ענין דברי ר"י בתו' היינו היכא ששמעון מודה דהיינו המקבל גם תימה לומר שבכל דברי הראשו' שהועתקה תשו' מהר"ש שט"ס נפל בה וגם שלא הרגישו בה והא ודאי דליתא ומצאתי און לי וסיוע לדברי מ"ש מהרש"ל ביש"ש פ' הגוזל בתרא סי' ל"ג שהעתיק תשו' מהר"ש בכתבה וכלשונה וכתב עלה וז"ל ודברים נכוחים אלו הם מסיני ומ"מ נראה דוקא בחפץ הידוע שהוא של ראובן אבל לו' בעלמא זה שממון אינו שלו אפי' אחר בא ותבעו בזה הממון לאו כ"כ להוציא ממונו מחזקתיה כמו שנפרש בפ' הכותב סי' כ"ב עכ"ל הרי ברור כמו שפי' דלא כתב מהר"ש אלא בחפץ הידוע שהוא של ראובן והיינו היכא דהפקידו בעדים אבל אם אינו ידוע לא ואפי' אם שמעון יודה והם הם ממש ד' הרא"ש ז"ל בתשו' הנז' שחילק בין חפץ הידוע שהוא של ראובן אם לאו ואני תמיה על הרב בכה"ג שעינו ראה למהרש"ל בתי' הנז' שהוא לין עליו באות הנז"ל ומדוע לא הרגיש שלפי דבריו אין שום סתירה מדברי מהר"ש לדברי הרא"ש ואין צורך לומר שט"ס נפל בדברי מהר"ש גם מ"ש הרב מהר"י אדרבי ז"ל בתשו' סימן זק"ן לחלק בין תשו' הר"ש לתשו' הרא"ש בין דבר מסוים למעות שהר"ש מיירי בחפץ ודבר מסוים והרא"ש מיירי בדבר שאינו מסוים יע"ש הנה שלע"ד דבריו נכונים לדינא דמהר"ש לא איירי בדבר שהוא מסוים וידוע שהוא של ראובן ובדבר שאינו מסוים

ליכא פלוגתא כלל מ"מ דיניה להרא"ש איתיה אפילו בדבר המסוים וויהיב ביה האיך סימנא מ"מ כיון שלא נודע ע"י עדים שהוא של ראובן אין הודאתו של שמעון מועלת לכלום לחייב ללוי להחזיר דהימא קנונייא עשו ביניהם ולדידי כל הדברים הללו ברורים ומקום הניחו לי להתגדר בו והו לא מידי וראיתי בסמ"ע שם ס"ק יו"ד ובפרישה שפירש דברי הרא"ש שכתב אם ידוע בעדים שחפץ זה של ראובן וכו' דהיינו שצריך שיאמרו העדים דעדיין הוא של ראובן כגון שהיו במעמד כשמסרו ראובן לשמעון ואמר ליה שימכרנו לו דהרי הוא בחזקת ראובן עדיין אבל לא סגי במה שיעידו שמכירין ויודעין שהיה של ראובן כי שמא מכרו לשמעון ובמה יוציאו מיד לוי המחזיק בו עכ"ל והש"ך בס"ק י"ב כתב עליו ונ"ל דגם איכא עדי ראה וכו' דאל"כ היה יכול לטעון לקוח במגו דהחזרתי עכ"ל ואני אומר דלע"ד בכה"ג לא בעינן עדי ראה דהא כיון שידו' בעדים שחפץ זה מסרו ראובן לשמעון למכור ומסתמ' קא אתי מאריה וויהיב ביה סימנא ועל אותם הסימני' העידו העדים שנתנו בידו למכור תו לא בעינן עדי ראה דהסימנין דיהיב המה במקום ראה וכמ"ש הנ"י פ' איזהו נשך וכתבנו לשונו לעיל וראיתי בתשו' כי באה בתשו' הרב נחפה בכסף ח"מ סי' ז' שהביא דברי מהריב"ל ומהר"י אדרבי והכה"ג ותמה עליהם ממה שמלא בתשו' מוהר"ש הנדפסות בקובץ קטן סי' כ"ו ששם כתוב כפי' וז"ל דבר פשוט הוא שלוי חייב להחזיר הממון לראובן וכן פר"י בפרק א"נ דאפילו בדבר שאינו מסוים ואין עדים שהוא שלו אם הנפקד מודה שהוא שלו מהדרינן ליה כיון שהנפקד הוא חי והיתו' יחזרו על הנפקד ויבאו ממקום אחר כך פר"י פ' א"נ גבי זוזי דיתמי וכו' ע"כ הרי שדבריו ברור מללו שאפילו דבר שאינו מסוים ואין עדים אפ"ה כתב דהודאת שמעון הוי במאה עדים ומחזיר התופס הממון לבעליו ופיא ודאי סתירה מבוררת למהר"י אדרבי ולהרבנים שנמשכו אחריו עכ"ד ובשאני לעצמי ושבתי משתומם ומחשבותי תמהים דאם הדברים בכתבם בתשו' מהר"ש קובץ קטן מהיכן יצא לו למהר"ש ז"ל מדברי ר"י שאפילו אין כאן עדים ואינו דבר מסוים בהודאת שמעון סגי דאי ממ"ש בתו' וא"ת דהכא מיירי שהמקבל מודה שהוא שלו א"כ מה חילוק יש בין דהכא פריכא לדבר שיש בו סימן ע"כ דמשמע מדבריהם דאי איתא היכא שהמקבל מודה מחזיר אפילו באין בו סימן מחזיר בהודאת המקבל ובאמת דהא ליתא שכבר כתבתי לעיל שמד' התו' מבואר דאין כונתם לאמיתות הדברים אלא דאי איתא להא ואם לא יאמינו בלא סימן גם בסימן לא יאמינו דשמא הוא הגיד לו וקנונייא עשו שניה' ועוד ראיה שבדברי התו' ממש כתב הרא"ש בפסקיו לשם ואפ"ה מבואר דעת הרא"ש בתשו' הנז' דהודאת שמעון המקבל לא מהני ולא מידי ובודאי צריכים אנו לומר דאין כונת התו' לומר בפשיטות דמהני הודאת שמעון אפילו בלא עדים ובלא סימן ועוד שהרי אפי' לפי תי' קמא דר"י לא מהני אלא היכא דאתי וויהיב סימנא דאז שקיל היכא שהמקבל מודה משמע אבל היכא דליכא סימנא פשיטא להו דאינו מחזיר ע"י הודאתו של המקבל ועוד ק' דאיזה סברא לומר שיהא נאמן שמעון לומר שאין זה הדבר שלו להתחייב

לחוב ללוי להוציאו מתחת ידו ועיין רוא"ם להסמ"ע וש"ך וט"ז דלא ניחא להו לפרש כדעת הרא"ש כיו"ם אם ידוע שחפץ זה של ראובן וכו' דהיינו שידוע שהיה שלו משום דקשיא להו דהכתי ניחוש שמא מכרו לשמעון והיך מוציאנו מיד לוי. והוכרחו לפרש דהיינו שיש עדים שמסרו בידו למוכרו והרי הוא בחזקתו עדין ומכ"ש וק"ו שאין שום צד סברא לומר שיהא נאמן לחוב ללוי בהודאתו לחודה מבלתי שום עדים כלל ולא ראיה ולא סימן וככר ראיתי להרב ראש יוסף בסי' ע"ז הנה ס"א שעל תשו' מהר"ש הנז' בנה עליה דייק שאיך אפשר לסאמין לשמעון ולהוציא מיד לוי והוקמה בשיש עדים שבא ליד שמעון בתורת פקדון יע"ש וכמ"ש מהרש"ל בפרק הגוזל בתרא שכאתי דבריו לעיל והנה כי כן אי לאו דמסתפינא אמינא דנוסח תשוב' זו המוזכרת בתשו' מהר"ש ק"ק לאו מר בריה דרבינא חתים עלה והא ראיה שתלמידיו של מהר"ש הנז' ה"ה המרדכי והגמ"י והרא"ש כנודע השמיטו הנוסחא הזאת או שלא ראו ההיא נוסחא המשובשת והעתיקו דברי מהר"ש בסתם ולא הוצרכו לבאר דאיירי בדבר ידוע ע"י עדים כי הדברים מוכרחים והרי בתשו' הרא"ש מבואר להדיא שהכין כן כפשיטות כדעת מהר"ס ולכן שאל לאביו כאם אין עדים איך הדין נוטה כל זה נ"ל ברור ודלא כהרב הפו' הנז' בתשו' נ"כ הנז' שעשו עיקר מתשובה זו ותמה על כל האחרונים וק"ל שאמנם כל זה אינינו ענין לנ"ד דלכאורה נראה דנ"ד ביון ששמעון הוא פ'אטור של ראובן כאשר ידוע ומפורסם הו"ל כדין סרסור שב' מרן בסי' ל"ט ס"ג וז"ל ואם שמעון הוא סרסור שחפצים הנמצאים בביתו שהוא רגיל למכרים אינם בחזקה שלו שימשכנם בעל חובו והן הם ד' הרא"ש בתשו' כלל ק"ה סוף סי' כ' יע"ש וכ"כ בת' מהר"ס גאלאנטי סי' ע"ח על שמעון שתפס מיד הפ'אטור בשביל חוב שיש לו אצלו והשיב הרב שצריך להחזיר להסרסור והפ'אטורים הם שלוחים והביא ת' מהר"ס הנז"ל יע"ש ואם כן שפיר יש לדון כ"ד כדינו של מהר"ס גאלאנטי ז"ל אכן כמעט עיון יראה דשא לא מכרעא לנ"ד דמבואר הוא בנ"ד דמהרמ"ג שהחפץ הוא ידוע ומפורסם שהוא של ראובן שהרי בכל מין סחורה ששולח להפ' יש לו חותם ידוע שניכר שהם שלו כמ"ש בלשון השואל ובכה"ג הא והאי פשיט' דאין לתופסם כלום הכל בכה"ג דנ"ד דאין הארגז בלאמי'ת מנכסי לוי דהוא לא היה שולח ליד שמעון כי אם ספרים והוא היה מוכרם ומי יודע אם היה שולח תמורתם ליד לוי וגם אם נודע שלא היה שולח שום דבר ליד לוי מי יגיד לנו שאין שלאמית הנז' ממונו אימור מעיסקו קמן והא ראי' שבלונו קטוב רבה למכור הלאמי'ת הנז' לשמעון בע"ח ומסתמא אחזוקי אינשי כרשיעי לא מחזיקינן שרצה לפרוע בממונו של לוי ופשוט ומצאתי להרב מהר"י הררבי ז"ל בתשו' סי' של"ח שנשאל על ראובן שמסר סחורה לשמעון על תנאי שמה שימכור שמעון מהסחורה יפרע לראובן ומה שישאר כלא מכר יחזירנו לראובן ובא לוי בע"ח של שמעון ותפס מהסחורה הנז' בעד חוב שחייב לו שמעון וראובן תובע סחורתו דמה לו ללוי אצל ממונו והשיב הר' והביא סו' דפ' א"כ שזכרנו לעיל ות' מהר"ס שבמרד'

הנז"ל וכתב וז"ל וכ"ד תורת פקדון יש לה לסחורה זו כל זמן שלא נמכרה שלא קבלה עליו בתורת הלואה אלא אחר שמכרו הכל כ"ז שלא מכרה היא בתורת פקדון בידו וכו' יע"ש מזה נראה דבנ"ד אף דנימא דהארגז בלאמי'ת הנז' הוא מדמי הספרים כיון שככר נמכרה עיקר הסחורה של לוי ככר המעו' שלקח קמו עליו במלוה והסחורות שקנה בהם פנים חדשות באו לכאן ומי שקדם וזכה בהם שיב אחרי כתבי כל הנז"ל זיכני ה' ומצאתי תשו' להרב מהר"א מוטאל והוא לו נדפסה בתשו' בני אהרן סי' י"א ורא"תי שם שיושב תשו' מהר"ס עם תשו' הרא"ש כמ"ש ושמח לבי ויגל כי כונתי לדעת גדול הבאתר עיין שם בדף י"ד ע"א והנה מלבד מה שכתבנו אם נודע אם הלאמית הנז' הוא בא מחמת העסק אם לאו הנה נראה דבנ"ד כעינן עדי ראה שראו ביד הנפקד וכדין הסרסור והכרים העשויים להשאיל ולהשכיר וכמ"ש הרב בעל שפתי כהן סי' ל"ט ס"ק י"ב יעו"ש משא"כ בנ"ד דלא נודע מענין הלאמית כי אם על פי עצמו של הנפקד ואף שהנפקד הנז' מכר הלאמי'ת ואפשר שבארגז הנז' בתוב סימן של שם בעליו כנהוג בכל סחורות שבאים מפ'רנקייא מ"מ הכלי לא הוי סימן שאפשר שככר פינהו בעליו וזה אחר וכמ"ש בתשו' מהרי"ט ח"א סימן קכ"ד יע"ש כנ"ל להלכה אך למעשה עד שיסכימו עמי גדולים המורים ועל פיהם יקום דבר הנלע"ד כתבתי

הזהמ"ף

(ועיין לקאי תנא דידן בס' אורח משפט הנ"ת סי' ד' דיני תפיסה אות ל"ג)

ט"ו נשאלתי על ראובן שקנה משמעון ארבעה ותמשה בראמי'ל טוראביה באמנה ופתח הלוקח שנים מהם וראה שהם טובים בתכלית והנה כי כן לא פתח הנשאר כי אמר שבודאי כלם מין אחד הם ולכן פסק עם המוכר וכתב לו שטר לזמן מה לקח השני בראמלי'ס הפתוחים ומכרם ושוב בא ליקח הנשאר ופתח את אחד מהם וראה כי הוא גרוע בתכלית והנה כי כן רוצה להחזירו לשמעון ושמעון טוען כי באמנה מכר לו והוא אינו מכיר שכן באו לו מפראנקיאה יורנו הדין עם מי ושכמ"ה.

תשובה הנה נראה דטענת שמעון הבאה בשאלה היא דר"ל דכיון דקי"ל הנושא והנותן באמונה אין לו אונאה א"כ דין הוא שאינו חוזר אכן עדיין יש לחקור בנ"ד אי דמי לאונאה אי דמי למום דהוי מקח טעות דאי לאונאה מדמינן ליה שפיר קטעין מההיא דהנושא והנותן באמנה אבל אי דמי למום ושוי מ"מ הרי אפי' בנושא ונותן באמנה דינא הוא דחוזר וכמ"ש הרב כנה"ג ח"מ סי' רכ"ז הגה"ט אות ד"ן יע"ש הנה כי כן תחילה צריך לברר בנ"ד אי אונאה הוי או מ"מ הוי והנ' מדברי המרדכי בשם אביאסף ופסקה מור"ם בח"מ סס"י רנ"ל שכתב וז"ל מכר לו כסף בחזקת כסף צרוף ונמצא כסף סיגים המקח קיים ומחזיר לו האונאה דהכל מין כסף עכ"ל נראה דס"ל דבכל כה"ג דנ"ד נ"כ הוי אונאה דהא ודאי לא גרע נ"ד מכסף צרוף ונמצא סיגים וקא קרי ליה אונאה וא"כ כל הנושא באמנה אין לו אונאה ואינו יכול לחזור כי

מיהו במרדכי עצמו ס"פ המפקיד הביא תשו' מהר"ם שמכר לו טבעת של זהב ונמצא עופרת בתוכו הוי מ"ט כמו שחמתית ונמצאת לבנה יין ונמצא חומץ יע"ש והביאה ב"י בסי' רל"ב יעו"ש וכתב הרב פני משה בח"ב סי' כ"ה בתשו' מהר"ם הלזו ליכא מאן דפליג עלה יע"ש וראיתי להרדב"ז בח"ה סי' ע"ר שנשאל על המוכר לחבירו כסף או זהב לזקק אותו ונמצא חסר יותר משתות והשיב דהדבר ברור שלא נקרא מום אלא דבר שאינו רגיל להיות באותו חפץ הנמכר אבל הדבר הרגיל להיות אינו נקרא מום והרי הזהב רגיל להיות בו כסף וכו' הילכך לא נק' זה מום עכ"ד והרב ר"מ בתשו' בי באה בתשו' הרב כרם שלמה ח"מ סי' ס"ב כתב עליו ולא הבינותי כונת הרב בזה שאם דעתו לומר שאם נמצא בזהב כסף שאינו נקרא מום וחזר לדין אונאה הא בהדיא כת' מרדכי בשם מהר"ם דהמוכר זהב ונמצא כסף הוי מ"ט וכו' ואיך קפסיק ותני נגד סברת הר"מ וצ"ע עכ"ד ולדידי אחרי נשיקת עפרות רגליו ל"ק כלל דהא ודאי בנ"ד דהרדב"ז גם מהר"ם יודה דהא בנ"ד היה מעורב קצת ולקחו לזקק אותו ונמצא יותר מעורב ממה שחשב בכה"ג הוא שכ' הרדב"ז דהוי אונאה אבל נ"ד דהר"ם דאיירי בקונה טבעת של זהב ונמצא כסף דהוי מין אחר כ"ע יודו דהוי מ"ט ונ"ד דהרדב"ז הוא ניהו לע"ד נ"ד דאביאסף בגם דאיירי במכר לו כסף צרוף ונמצא סיגים דהיא עדיפא מנ"ד דהרדב"ז דמתחילה מכר לו מעורב קצת ועומד לזקק מ"מ ס"ל לאביאסף היכא דמכר גרוטאות של כסף שיכול לזקק הא ודאי שאינו יכול לחזור משא"כ בטבעת או כלי דללבישה הוא עומד והוי מ"ט משא"כ התם בגרוטאות שבידו לתקן ולא דמי לשחמתית ונמצאת לבנה ויפות ונמצאו רעות דאין בידו לתקן כלל ובהכי ניחא לי מה שהקשה הרב ש"ך כהן ז"ל סי' רל"ב וז"ל דהכל מין כסף וכו' צ"ע דמ"ש מיפות ונמצאו רעות וכו' שוב מצאתי במרדכי בשם מהר"ם במכר לו טבעת וכו' יע"ש נראה דס"ל להש"ך דדברי המרדכי בשם אביאסף הם הפך תשו' מהר"ם ולדידי אחרי נשיקת עפרות רגליו אפשר לפרש דלא פליגי גם מהרשד"ם בתשו' ח"מ סי' שפ"ה כתב על דברי אביאסף דס' יחיד הוא ולאו תנא הוא דפליג אמאי דתנן יפות ונמצאו רעות יכול לחזור גם הרב שארית יהודה בפסק הרש"ט דף כ"ב והרב משפט צדק ח"ב סימן מ"ט וכת' בית יהודה דק"ה נדחקו בדברי האביאסף ולע"ד נראה כדכתיבנא שו"ר להרב מחנה אפרים דיני אונא' סי' ו' שכתב כמ"ש חלי"ת ·

ואיך שיהיה בין הכי ובין הכי בנ"ד דאי אפ' לתקן הטוראכיה הנז' כידוע הא ודאי יציבא מלת' דהוי ברעות שנמצאו ומכרם בחזקת יפות דיכול לחזור בו דהוי מ"ט ואעפ"כ שהוא באמנם יכול לחזו' בו וכמ"ש הכה"ג אכן אכתי צריך לחקור דגם דנימא בנ"ד דהוי מ"ט מ"מ הנה ראינו שכ' הה"מ שיש מי שכתב שכל דבר שיכול להבחינו ולנסותו לאלתר כגון שיכולין לטועמו ולא הקפיד לעשות כן והמוכר מכר לו בחזקת אינו חוזר עכ"ל וא"כ בנ"ד נמי היה יכול לפותחם כלם ולראות אם יש בהם איזה שינוי ומדלא הקפיד לעשות כן מסתמא מחיל אך ראיתי להרב משנה למלך ז"ל בפט"ו דמכירה שכתב וז"ל נראה בעיני שאם היה המקח בהקפת המעות כיון שהלוק' עדיין מעות המכר בידו יש לומר דמש"ה לא הקפיד הלוקח לנסותו מיד ולעולם לא מחיל ומלבד דמילי דסברא נינהו לפוטרם בלא כלום אי אפשר וראיה לדבר ממ"ש בעה"ת שער ז' גבי טענו חטים וכו' בשעורים דפטור אף מדמי שעורים מטעמא דכיון דתבעו חטים לחוד הרי מחל על השעורים ומוכח בהד' דאי תפס התובע דמי שעורים לא מפקינן מיניה וכתב בעה"ת דדוקא היה תפוס בשע' שבא לב"ד דכיון שהיה ביד הטוען דמי חטים הנתבע לא חשש לטעון דמי השעורים ולא מחיל א"כ גבי מום כיון שכל טענתו משום מחילה איכא למימר כיון שמעות המקח בידו לא מחיל והרב פ"ת לא ירד לחלוק בזה ודבריו תמוהים וצ"ע עכ"ל ובאמת כי הם באנו לדון בסברא זו קשיא לי עלה דאי איתא דכל שהמעות בידו לא מחיל גם גבי אונאה נמי דקי"ל דאם שהה שיעור בכדי שיראה לתגר דהוי מחילה נימא הכי דאם עדיין מעות מקח בידו לעול' לא מחיל דמש"ה לא הקפיד להראותו לתגר כיון שמעותיו עדיין בידו והרי מצינו לסמ"ע בפרק הזהב ולמהר"ם ריקאנטי סי' שפ"ד הביאו הכה"ג סי' רכ"ז והש"ך שם שכתבו דאם לא נתן המעות מגו דיכול לומר נתתי יכול לומר לא נתרציתי יע"ש משמע היכא דלית ליה מגו וכגון על ידי עדים הוית מחי' ודאי ולסברא זו אמאי לא אמרי' אפילו היכא דלית ליה מגו כיון שמעות המקח בידו לא מחיל ומה שהביא ראיה מדברי בעה"ת אחרי נשיקת עפרות רגליו לא מכרעא דשאני התם דכיון שהיה בידו דמי השעורים אמרינן דלא חש לתובעם כיון שהוא תפוס ולא הוייא מחילה אבל הכא שנגמר המקח באחד מדרכי ההקנאה לכתחילה על סמך שהמעות בידו ולא יקפיד להבחין זו לא שמענו דמי הבחינו בתגר זה ובכי הא אפילו בעה"ת יודה דמחי' הויא האמנם מה אעשה כי הנראה סברא זו יש לה עיקר וסמך וראיה ממ"ש התו' בקדושין ד"ח ע"א בד"ה הכא קלא אית להו וכו' שכתבו ומהר"ר אליהו ז"ל מקיים פי' הקונ' דהיכא דקיבל המוכר מעו' אמרי' מדלא בדק הלוקח קודם נתינת המעות הני מומין דאית להו קלא אם כן סבר וקביל והא דאמר לו הרי שלך לפניך מיירי קודם שנתן הלוקח מעות עכ"ל הרואה יראה דסברת הי"ה מי שכתב הלזו ומאי דחילק עלה הרב מש"ל ז"ל היא מוצאת בדברי התו' הנז' ושפיר יש לחלק היכא שנתן המעות דמי המקח אם לאו ובאין ספק לע"ד שנעלמו דברי התו' הנז' מעיני הרב מש"ל דאלו היה רואם לא היה צריך להביא ראיות מרחוק לקיום סברא זו מד' בעה"ת ומ"מ הכתי קשיא גם לדברי התו' דאמאי לא אמרי' גם לגבי אונאה וכמו שהקשינו ולכאורה הדבר צ"ע

אבן גדולה מזאת ראיתי לקצת מגדולי הפוסקים דס"ל דהיכא דהמלוה מוחזק במשכון מאת הלוה הגם שמחל המלוה החוב בפי' לא הוית מחי' עד שיחזיר גוף המשכון ליד הלוה וסברא זו היא להריטב"א בחי' גיטין דל"ז והעיטור בדף ב"ב והר"ן בחי' גיטין ועיין במחנה אפרים הלכו' זכיה סי' ט' יעו"ש ובתשו' הרב קול אליהו ח"ב סי' כ"ב יע"ש ועיין עוד במח"א דיני אונאה סי' י"ג דף ד' ולכאורה הדברים ק"ו דמה בתם דהויא מחילה מפורשת

מפורשת אפ"ה סברי הפו' דהיכא דתפוס לא הוה מחילה כ"ש היכא שאנו דכין דהוית מחי' מסתמא שנאמר דדוקא היכא דלא תפיס אבל היכא דתפיס לא מחיל אבל כד דייקינן בה פורתא ליתא דשאני גבי משכון דקי"ל דקונה משכון מדאורייתא ולא מהני ביה מחילה עד שיחזנו בידו אבל היכא דתפוס במידי אחריכא דאינו משכון או שמשכנו בשעת הלואתו דלא קני מדרבי יצחק ודאי דהוי מחי' ואפ' דס"ה הכא כגס שהוא תפוס הוית מחילה היכא שיכול לכדוק ולא בדק איברא דנודין שטר דיש מהפו' דס"ל דהיכא שהשטר עדין ביד המלוה לא מהני מחילה בחוב וכ"כ הטור בח"מ סי' י"ב משם רבינו ופוצים ועיין בסמ"ע שם ובש"ך ועיין בח"מ סי' רמ"א יע"ש יש ללמוד קלא דבכל היכא דתפים לא מהני מחילה ומכ"ש היכא דלא הוית מחי' מפורש' אך אכתי יש לדוחה לדחות וכ"ש דרוב הפו' פליגי אסברא זאת דכ"ש במקום כ"ה היא דאמרו שטר העומד לגבות כגבוי דמי ועיין בחשו' דבר משה ח"מ סי' י"ד יע"ש ואין להקשות על סברא זו דהיש מי שכתב ממה שמלינו שכל הפו' פסקו בעבד הנמכ' ליסטים מזויין או מוכתב למלכות שא"ל הרי שלך לפניך והרי אמרו בגמרא קלא אית להו ומשמע דקלא אית להו ומסתמא ידע ואפ"ה יכול לחזור וא"ל הש"ל וה"כ דוכוותה בהיה יכול להבחין דהא ליתא דבעבד א"א להבחינו לאלתר ולא סליק אדעתי' לשאול עליו כיון דהוי דבר דלא שכיח וא"כ שאם כמלא כן הוי מקח טעות דזה אינו יכול להבחינו ועיין בס' תקפו כהן סי' ק"ל

אבל מ"מ אני מסתפק בדעת הרו' וה' מש"ל כסברא זו אי הוי דוקא בלא כ' הלוקח שטר עליו למוכר בדמי המקח דאז הוא דאמרי' דמש"ה לא הקפיד לבדוק כיון דמעות המקח בידו אבל היכא דכתב למוכר שט"ח עליו ודאי דגמר וקני ומחיל וסגם דלא קי"ל ככ"ש דאמרי שטר העומד ליגבות כגבוי דמי מ"מ כיון דזקפן עליו במלוה בשטר ולא הקפיד לבדוק סתמה מחיל או דילמא כל שמעות המקח בידו אף דכתובין עליו בשטר אמרינן ביה דלא קפיד ולכאורה הכר הראשון נראה לי יותר והדבר צ"ע וא"כ בכה"ג שכ' הלוקח שטר על עצמו בדמי המקח עדין הדבר ס' לענ"ד הנה כי כן יש לחקור בעיקרא דמלתא אם סברא זו דהיש מי שכתב היא מוסכמת להלכה אם לאו והנה אמת אגיד שבחפשי אמתחות ספרי הראשונים גם מצאתי בתשו' הגאונים ז"ל שנד"מ בשער הששי סי' ד' שכתוב שם ושאלתם ראובן זבין ליה חמרא לשמעון ולא אודעיה במומין דאית ביה ובעי שמעון לאהדורי א"ל ראובן לית לך לאהדורי וכו' ועוד א"ל הנא והובנא לך חרס בשמיה דההוא גברא דלא חזיתינון למומין וכו' תשו' הכין חזינן וכו' דשמעון הוה בעי למירק ועיוני בחמרא דקא זבין וכו' אבל מין דינא לית ליה לראובן לאודועי ואורחי' דראובן לאשכוחי לחמריה ואורחיה דשמעון לאחויי שפסירא דירע במומין דבשמה וכו' הלכך שמעון הוא דבעי מידק לנפשיה ולית ליה לשמעון לאהדורי לחמרא דראובן יע"ש עכ"ל והנה דברים אלו מורים כאלכבע דס' הגאונים בס' היש מי שכתב ויותר מזה נשמע מדבריהם דאפילו דהלוקח אינו מכיר במומין כי אם בספסירא אמרינן דהו"ל ללוקח לבדוק ע"י הספסיר' ומדלא בדק איהו דאפסיד אנפשיה ובאמת חידוש הוא בעיני כי לפי הנראה אין כן דעת הפוסקים ולקמן אי"ה נדבר מזה ומ"מ הדבר מבואר דמ"כ דאזלי ומודו הגאונים לס' היש מ"ש שהביא הה"מ ולעומת זה ראיתי בתשו' הרשב"ש סי' שנ"ו שנשאל על ראובן שמכר חבית לשמעון וא"ל שהיא שלימה וש' כחן בה יין ונשברה חכף ונראה בה שבר ישן והלוקח תובע דמי החבית והיין והשיב הרב ז"ל דדמי היין הוא פטור מהם דהוה ליה גורם להיזק והיה לו ללוקח לבודקה וכיון שלא בדק קודם נתינת היין איהו דאפסיד אנפשיה אבל בדמי החבית כ' הר' שהמוכר חייב אם ניכר שהנקב ההוא ישן וכמ"ש הרא"ש בתשו' על מי שמכר גבינה ונמצאת מרוקבת יע"ש הנך רואה שלענין היין פטר הרב מהאי טעמא שהיה לו לבדוק ולא בדק ולענין דמי החבית לא חש הרב לטעם זה וחייבו למוכר וזה נראה הפך סברת היש מ"ש והגאונים שכתבתי אכן המדקדק בל' הרב המגיד שהביא בסברא זו יראה דלא פליגי שהרי כ' והמוכר מכר לו סתם אינו חוזר ע"כ משמע דלא סברי כן היש מ"ש אלא דוקא היכא דמכר לו סתם אבל היכא שפי' המוכר בפי' שמוכר לו דבר שלם בלתי מום בכה"ג דהרשב"ץ ז"ל גם היש מ"ש מודה דמש"ה לא הקפיד להבחינו ולבקותו לאלתר משום דסמך על דבריו דא"ל שהוא שלם וטוב אך דברי תשו' הגאונים מורים הפך מדברי הרשב"ש שמבואר לשם דאדרבה דרך המוכר לאשבוחי והלוקח אית ליה למירק ולעיוני או אית ביה מומא אם לאו וכדי לקרב הדעות לרוחים אנו לומר דבכה"ג דהרשב"ש הוי כתנאי מפורש שהרי שאל הלוקח האם יש בה שום נקב או שבר והשיב לו שהיא שלימה ותמימה ואינו מוכר לו אלא כלי שלם בודאי דבה"ג אמרינן דסמך על תנאי שאמר לו המוכר שאינו מוכר לו אלא כלי שלם ולהכי לא אמרי' הי"ל לבדוק בחבית עצמה אלא בענין היין שהוא לחייבו מחמת גרמא אמרי' איהו דאפסיד אנפשיה לא כן בחבית אבל בתשו' הגאוני' לא מיירי באומר המוכר בתורת תנאי כי אינו מוכר לו אלא כלי שלם אלא שמשבח הוא את מקחו כדברי' ודרך הוא לעשות כן ולא הי"ל ללוקח לסמוך על דברים כאלו והי"ל לבדוק ומדלא בדק איהו דאפסיד אנפשיה ומעתה דברי היש מ"ש ותשו' הגאונים ז"ל ותשו' הרשב"ש הם שפה אחת ודברים אחדים

אכן ראיתי להרב מש"ל שכתב וז"ל ואין ספק דיש מ"ש שהביא הה"מ חולקים עליו הרי"ף ורבי' ז"ל דלדבריו יש מי שכתב משמע דאין חילוק בין אונאה בדמים למלאו בו מום דבך לו יכול להבחינו לאלתר כמו עד שיראנו לתגר או לקרובו ולפי דברי הרי"ף ורבי' לא אמרו אלא גבי אונאה וכ"ת מה לנו אחר דקדוקים הא בהדיא כתב רבינו מחזירו אפילו אחר כמה שנים לא קשיא דהיכא לאוקומי בשאין נעשה המקח במומן אלא במקום אחר וכו' עי"ש וכן ראיתי למהריט"ץ ז"ל בתשו' סי' ק"ה שכתב על דברי היש מ"ש שהרי"ף והרמב"ס ורבי' האיי גאון שהביא הה"מ חולקים עלם דאי ס"ל הכי הוו דין אונאה דאם יכול להבחינו לאלתר אינו חוזר ואם אינו יכול להבחינו חוזר בשיבחין וכו' ע"ש שהאריך ואני אומר דאמרי נשיקת עפרות רגליה'

רגליהם לא מלאתי כזה ראיה מוכלת לומר דפליגי ובאמת שדברי המש"ל כאן קלת סתומים ולפום ריהטא נראה מדבריו דס"ל דבכל האומנין אפ' לאדם לעמוד ולבדוק ומדלא בדק מסתמא מחיל ואם כן איך כתבו הרי"ף ורבי' דחוזר בו אפילו אחר כמה שנים וכל אימת דמגלי נסדר למאריה ובאמת אם כונתו כן הדברים תמוהים דכמה וכמה הם מומים דלא אפשר למבדקנהו כההיא דזרעוני גינ' ולא למתו וכההיא דכלים מוזרות דאין אדם עשוי לבקע עליהם אלא בשעה שצריך להם וכההיא דמוכר שור ונמצא נגחן וכהלה רבות וא"כ שפיר יש לחלק טובא בין הונאה למום היכא דאינו יכול לבדקינו לאלתר והגם שנאמר שאין זה כונת המש"ל. אלא כונתו בקושיית מהריט"ץ ל"ק כלל שהרי שפיר יש לחלק בויניהם דבאונאה אם עבר שיעור שיראה לתגר סתמא מחיל ואינו יכול לחזור אבל במום כיון דבשעת המקח לא היה יכול לעמוד ולבדקינו הגם שבא אחר כך אומן ובקי שיכול להראות לו. לא אכפת לן ומחזירו אפילו אחר כמה שנים ולא עוד אלא אפי' הראה לתגר או שנגלה לו המום אחרי כן כל זמן שלא נשתמש בו אפילו ראה ושתק כמה שנים ה"ז חוזר דחזקה אין אדם מתפייס במומין ולא דמי לאונאה דאם עבר שיעור זמן כדי שיראה לתגר שוב אינו יכול לחזור ומה שהעמידו הרב מש"ל לההיא דכתב הרמב"ם ז"ל כשאין המקח לפנינו לא ידעתי מה ראה על ככה דשפיר היכא לאוקומא כשהמקח לפנינו ואינו יכול לבודקו דכל אימת דמגלי מהדר למאריה כל זמן שלא נשתמש והדברים ברורים ומ"ש הרב מהריט"ץ קודם זה דהא מרחלי טעמא במק"ט לא נתנו בו שיעור ע"כ ל"ק כלל דביכול להבחינו לאלת' ולא הקפיד הדרבה אנן סהדי דסבר וקביל ולא ככהם זה בשוג מקח טעות ואף אם באמת לא ראה הינו דאפסיד אנפשיה והא ודאי ל"מ ·

עוד כתב הרב מש"ל וז"ל שוב דקדקתי בדברי רבי' במ"ש והוא שלא נשתמש במקח אחר שיראה המום משמע דאפי' ראה המום ושתק חוזר דאי לא מאי הוית נשתמש אפי' ראה ושתק אינו חוזר ומעתה הדברים ק'ו בהיה יכול לבדוק ולא בדק דודאי חוזר ומעתה דברי הפ'מ שהביא עלות מרחוק ללמוד דרבי' חולק עם היש מ'ש ל'ע עכ"ל גם מהריט"ץ ז'ל בתשובה הנז' הכריח גם כן מזה דפליגי הרמב"ם עם היש מי שכתב יעו"ש וגם בזה אחרי נשיקת עפרות רגליהם אין זה קו' כלל דהיכא למימר דרוקא בדבר שאינו יכול להבחינו קודם גמר המקח אפי' שראה המום אחר שקנה שנגלה לו אפילו הכי חוזר דחזקה אין אדם מתפייס במומין אלא אם כן נשתמש דאז מחיל ואי לאו הכי אמר ביום וליומא אחריתא מהדרינה ליה. דמ"ט לעולם חוזר אבל דבר שיכול להבחינו קודם גמר שמקח והוא לא הקפיד הא ודאי גרע טפי ואמרינן דמקחי' אמולי אחיל גביה ואדעתא דהכי קא נחית הכן אם נגמר המקח ולא היה במזומן לפניו ושוב בא המקח והיה יכול לבדוק ולא בדק הא ודאי דבכה"ג כ"ע יודו דק"ו הוא מראה ולא נשתמש דחוזר כ"ש בהיה יכול לבדוק אחר נמר המקח דודאי חוזר ובהא גם היש מי שכתב מודה ולא אמרו אלא היכא שקודם המקח היה יכול לבחינו ובכה"ג

אין מקום להק"ו שעשה הרב ז"ל ובהגב ראיתי למהריט"ץ שם שהקשה לדברי הרמב"ם שכ' דאפילו ראה מחזירו אפילו אחר כמה שנים כ'ו שלא נשתמש מהא שכתבו הרי"ף ורבינו היו נאון שביאם ש"ה דכמום כל אימת דמגלי מהדר למאריה וכו' וגר' הא דכל אימה דמגלי בעי לאהדורי מיד דלא כמ"ש הרמב"ם דאפילו ראה חוזר אחר כמה שנים עכ"ד ואני בעוניי איני רואה הכרח מדברי הרי"ף דלא כהרמב"ם דכונת הרי"ף ברורה דלא דמי לדין אונאה דאם עבר זמן כדי שיראה לתגר מחל אלא אפי' עבר זמן רב כל אימת דמגלי יכול להחזיר ואם הם דברי הרמב"ם ממש והוא יכול להחזיר גם אחר שיראה זמן רב אבל לאהדורי מיד כשיראה אין הכרח לזה מדברי הרי"ף והדברים ברורים וק"ל ומעתה הנך רואה שמה שהכריחו מהריט"ץ והמש"ל לו' שהרי"ף והרמב"ם פליגי אסברת יש מי שכתב לפי ע"ד אין הכרח בדבריהם אך ראיתי למהרשד"ם בתשובה בח"מ סי' שפ"ה שכתב שסברא זו היא דחוי' מסו' הגמ' דפרק המפקיד דמ"ב ועוד כתב שהיא סברא יחידאה שגם המוחזק אינו יכול לומר קי"ל כוותה יע"ש אך לעומת זה ראיתי להרדב"ז בח"א סי' קל"ו ובסי' לק"ט הביאו הרב כנה"ג סי' רל"ב הגהב"י אות ו' שכתב דסברת היש מי שכתב מוסכמת ואין חולק עליה גם כתבו' הרדב"ז הנד"מ ח"ב סי' קי"ן סמך עלה להלכה וכתב שכן ראוי לדון יע"ש גם מהריק"ש ז"ל בהגהותיו כתב דקיבל מרבותיו דלא פליג עמ"ש הה'מ בשם הרי'ף ורבינו ה"ג ושדעת נותנת כדבריהם דלא הו"ל לס"ה לאדכורי מאן דפליג על אבות העולם כלשון יש מי שכתב אלא ודאי ל"פ ועיין בטור בדין העבדים ותראה דבמום גלוי לא מלי הדר ביה ועיין מהרשד"ם וכו' עכ"ל וכן ראיתי למהר"ם דורהן שבס' התשב"ץ בסי' ח' בתשובת האסטים שכתב שאין לטעון על הקונה דהו"ל לבדוק האסטים בלביעה לאלתר משום דהקונה הזה לא קנאו ללבוע בו רק למכרו ללובעים ואין מנהג הסוחרים לנסות בלביעה וכו'. יע"ש נראה ברור מדבריו דבלב' שקנה הוא יל ויכול לנסותו לאלתר בלביעה ולא נסהו הוה מחילה והיא ס' היש מי שכתב משמע דהלכה היא ומורין כן ומעתה תשובה לי לקו' מהרשד"ס שהק' על סברא זו וז"ל שם ורא"ה למ"ש שהיא ס' יחידית מהא דאמרינן בגמרא המוכר שור לחבירו שאין לו טוחנות דעת הרמב"ם שאם המוכר בעה"ב שמכיר בשורו חייב להחזיר הדמים ולדעת הרא"ש וכנו בעה"ט. אפילו המוכר סרסור חיב לשלם ואם היא אמת הדבר שאם יכול להבחינו ולנסותו ולא ניסהו דודאי מחל אם כן למה חיב לשלם לא סרסור ולא בעה"ב כיון שהיה הלוקח יכול לראותו קוד' שיוליכנו לביתו ודאי מחל אלא ודאי סברא דחויה היא עכ"ל והנה בכר ראיתי להרב פני משה בח"ב סי' נ"ה שיישב קושיא זו יע"ש ועיין גם כן בכנה"ג הגהב"י אות ו' וי"א וכתבו' ח"ב מח"מ סי' פ'ב יע"ש ואני בעניי זה ימים שכתבתי דלפע"ד לק"מ והוא במה שראיתי בש"מ שהקשה הרמב"ן בסוגיא דאמאי לא חייבו לאפטרופוס היתומים כיון דהו"ל לעיוני ולא עיין ודאי דהוי פשיעה ומחייב ותי' דאמת דהוו ליה בכי אלא שהיו חלושים שאין ראויים לאכול בהם והוי כמי שאינם ולהכי קרו ליה דלא הוו ליה בכי ולא הו"ל

למיקן

למיסק' אדעתיה שאינו יכול לאכול. ועוד תירץ דהכא אינו ניכר אלא לבקיאים ורוב אינם בקיאים יעו"ש ולפי דברי הרמב"ן הנז' כיון לתי' הא' כין לתי' הב': לק"מ דלא אמרו היש מי שכת' שא בגוונא דיכול הלוקח לבודקו ולנסותו לאלתר ועולה על דעתו שאפ' דיש בו זה המום ולנסותו אבל בבה"נ דיש לו שינים חלושות דאין יכול לאכול בהם לית ליה לאסוקי אדעתים ודאיה דלא מקרי פשיעה לגבי אפטרופא ואם כן לגבי לוקח לא אמרו בכוונא כזה הו"ל לבדוק ולא בדק וכ"ש דלפי תי' הב'. שזה אינו ניכר אלא לבקיאים בזה ודאי לא אמרוה היש מי שכתב אבן לס' תשו' הגאונים שהבאנו ודאי דלית להו הך תי' השני דלפי תשובה זו היא נופה שלא הכיא. שפסירה שהוא הבקי כדי לבודקו הויא מחילה ואיהו הוא דאפסיד אנפשיה. וכודאי דסברי הגאונים ז"ל כתי' הא' שכתב הרמב"ן דהיה לו בכי חלושים שאפילו הספסירא אפשר שלא היה עולה על דעתו ומש"ה לא אמרינן בזה הו"ל לבדוק ולא בדק וק"ל גם מאי דקשיא ליה למהרשד"ס ז"ל על סברא זו מהסיא דתשו' הרא"ש בענין הנכיות בכר קרנתם הרב פ"מ: והכה"נ דכ"ר דהרא"ש איירי שמכרם בחזקת טובים ונמצא בהם ריקבון דבכה"נ לא אמרי' הו"ל לבדוק דהלוקח סמך על דיבורו. מה שא"כ במוכר בסתם דבהכי איירי היש מי שכתב בזה דוק' הוא. דאמרינן הו"ל לבדוק. אמנם מאי דקשיא לי על סברא זו הא קשיא לי דהא משנה ערוכה בפ' המוכר הספינה דפ"ד ע"א מכר לו יין ונמצא חומץ או חומץ ונמצא יין שניהם יכולים לחזור בהם יע"ש והרי הדבר ברור שאין לך דבר שיכולין לטועמו כמו יין וחומץ ולהכחינו לאלתר ולפום סברא זו הא ודאי דאין הלוקח יכול לחזור או דהוה ליה להבחינו לאלתר ומדלא הקפיד הרי מחל ולכאורה עלה על דעתי לומר דלא אמרו בעלי סברא זו אלא במין אחד ונמצא בו מום שיכול להבחינו לאלתר דהוי מחי' אבל בשני מינים כגון יין וחומץ דהוו שני מינים בכה"נ אפילו היכא שיכול להבחינו חוזר וכן ראיתי להרב פני משה בסי' הנז' שב"כ ובהכי ל"ק על סברא זו מהסיא דיין ונמצא חומץ וכו' ברם אכתי לא פלטינן מקושיא דהא בגמרא שם עלה דהאי מתני' מקשי' לימא מתני' רבי היא ולא רבנן דתניא יין וחומץ מין אחד הוא רבי אומר שני מינים ומשני אפילו תימא רבנן ע"כ ל"פ רבנן אלא לענין מעשר ותרומות וכו' אבל לענין מקח וממכר דכ"ע איכא דניחא ליה בחמרא ואיכא דניחא ליה בחלא ע"כ הרי בפירוש דמתניתין דקתני יכולין לחזור אפילו למ"ד דהוו מין אחד ולפי סברא זו קשה דהרי יכול לנסותו ולטועמו והנראה לייסב ולומר דבעלי סברא זו ס"ל דלא מבעיא היכא דהוו שני מינין דלא אמרי' הו"ל להבחינו אלא אפילו היכא דהוי מין אחד היכא דהם מוחלקים בשמות כגון זה דאפי' לרבנן דהוו מין א' מ"מ זה קרו ליה יין וזה קרו ליה חומץ וכיון שהמוכ' מוכר לו יין והקונה קונה יין הו"ל דבר מפו' שאינו רוצה אלא ביין ובכה"נ לא אמרי' הו"ל לטועמו אבן לפ"זק"ק על תשו' מהרשד"ס בסי' שפ"ה דבכ"ר דקנה הלוקח כייר מהמוכר בחזקת אהרג'י ונמצא אלואג'י ולכי רוצה לחזור בו והרב אתי עלה מההי' דמום דלעולם חוזר ושוב נרגש מסברא זו דיש מי שכתב וכו' וכתב דהוא סברא יחידית ועוד שהרי כתבו בעלי סברא זו דהמוכר מוכר לו סתם מש"א"כ בכ"ר שביקש דוגמא וכו' עיש"כ ולפי מ"ש אין צורך לכל זה כיון דיש חילוק בשמותם שזה אהרג'י וזה אלוואג'י כ"ע יודו דלא אמרי' האי סברא דאלת"ה קשיא לבעלי סברא זו ממתני' וש"ם הנז' וכמו שהקשינו אבן כך דייקינן שפיר בדברי מהרשד"ס לק"מ יען כי הנה בעלי הדין דבכ"ר הם מכחישין זה את זה בטענות והוא ז"ל רלה להשיב אפילו לפי טענת הנתבע וכ' דטענת ר' יצחק היא שש"ר יוסף מכר מין אחד ונתן לו מין אחר או מכר לו יפה ונמצא רע והא דהיה שביקש ממנו דוגמא ועל זה השיב דמת"כ הו"ל מום וחוזר ושוב נרגש מהאי סברא דהוה ליה להבחינו וכו' דבכה"נ לפי טענת הנתבע שלא יש חילוף מינים כי אם בין טוב לרע כיון שהי"ל לבדוק אינו יכול לחזור. ועל זה השיב דהוא סברא יחידית ועוד דכיון דביקש דוגמא וה"ל לך הראה וכו' הו"ל כמפרש שהוא טוב ובכה"נ לא אמרוה אלא דוקא במכר לו סתם ודוק בדבריו ולהכי בתשובת מהרשד"ס בסי' קמ"ז שהמוכר מכר בגדים ללוקח בתורת אלקמייאש ונמצאו בגדי שאלוניקי כתב שם הרב בפשיטות דהוי מקח טעות יע"ש ולא הרגיש הרב ז"ל בבעלי סברא זו דהי"ל ללוקח לבודקם משום דשם איירי בשני מינים מוחלקים דבכה"נ לא דיברו בעלי סברא זו וזו היא שקשה על הרב פ"מ בסי' הנז' שכתב וז"ל אך רואה אני למהרשד"ס בסי' קמ"ז בכ"ר באחד שמכר בגדי שאלוניקי בער אלקמייאש ונמצאו שלא היו אלא משאלוניקי וכתב שם דביטול מקח בזה לעולם חוזר ואתי עלה מד' הרמב"ס וכו' ונרגש מדברי ה"ה הנז' והוצרך לומר שהיא סברא יחידית וכו' עכ"ל ואחרי המחילה רבה אגב ריהטיה לא דקדק יפה כי שם בסי' קמ"ז לא נרגש כלל מבעלי סברא זו יען כי הם ב' מינים מוחלקים ואי אפשר לומר שגם בכה"נ סוברים כן האי, אותה קשייא לבו מתני' דיין ונמצא חומץ וכמ"ש באופן שעלה בידינו דבאות שני מינים מוחלקים או אפילו מין אחד וכל אחד יש לו כפ"ע כ"ע יודו דלא אמרינן הו"ל לבדוק אבל ביין ונמצא חמוץ קלת דהכתו לא נפק משם יין ושמו עליו הך סברא במקומה עומדת דהו"ל לטועמו ולהך סברא אינו יכול הלוקח לחזור בו עד שיהא חילוק בשמות וכן אתה רואה להה"מ פרק י"ז דמכירה בדין חטים ופית ונמצאו רעות שכתב וז"ל ופי' ז"ל שאמר המוכר שהם יפות ונמצא שקורין לכמותן רעות וכו' מפני שהטעהו ויש בינתם שינוי השם והרי זה קלת בשינוי חפן מחפן עכ"ל הרי מבואר בפי' כמ"ש וכודאי גם הותה סברא דיש מי שכתב בכה"נ דלא יש שום שינוי ועיין להמ"ן ח"ב סי' מ"ט בא' שמכר ש"ת ונמצא שער עיסקא דאפילו היש מי שכתב מודו משום שינוי השם יע"ש וק"ל ומעתה נחזור לכ"ר והומר דהם באנו לזכות לשמעון המוכר מטעמא דנושא ונותן באמנה הא ליתא וכמ"ש דזה דוקא הוי באונאה וכמ"ש הכה"ג משם מהרש"ך וכ"כ מהריט"ן בסי' ק"ח והסכים ע"י הרב מהר"ס בגאלאנטי יע"ש וכן דעת מהר"ש לרור שבס' התשב"ן סי' י"א יע"ש ולע"ד שאין חולק על זה ואם כן בכ"ר פשיטא דהוי מום וכודאי דאם היה המוכר

מוכר בסתם חזר הדין לדין אונאה אבל השתא שהקפיד לפתוח וראה דוגמא הו"ל כמוכר חטים יפו' ונמצאו רעות דהוי מום וחוזר ואין לנו מקום לטעון כי אם הו"ל לבדוק ושיא ס' היש מי שכתב הנז"ל וכבר הראת לדעת דבמחלוקת היא שנוי' דלהרדב"ז ומוהריק"ש ומהר"ש דוראן ז"ל נראה שהיא מוסכמת ולמהרשד"ם ומהריט"ץ והמש"ל הוא סברא יחידית והרב פ"ת ח"ב סי' כ"ה הנז' דחה קו' מהרשד"ם שהקשה על סברא זו וכתב דלא נשאר לנו כ"א עדות הס"מ שכתב שס' זו היא יחידית ולכ"ע חוזר יע"ש דק"ה ע"ב ולדידי איני רואה שום עדות מדברי הס"מ ואדרבה יש לדון איפכא וכמ"ש מהריק"ש בהגהותיו והנה הרשב"ש ז"ל הנה שכתבתי לעיל דאין הכרע בדבריו מהשיא דסי' שע"ו מ"מ מתשו' שכתב בסי' שמ"ה נראה דלא ס"ל כההיא סברא שכתב שם וז"ל בענין אל עקיק אם המוכר מוכר את שלו ורוצה שקונה להחזירו מחמת מום שיש בו כלומר שהוא סתום והוא מום שאינו יכול להכירו אלא אחר עיון ובדיקה שמקח בטל וכו' עי"ש הרי כפי' דלא הו"ל לבדוק ודוחק להעמיד דבריו כ"שכתב' כפירוש שהוא טוב והיא סברה כמוכר סתם גם בסי' י"ז כתב לענין הלכה שאם אין מומם ניכר אלא אחר הבדיקה אם בדקה ומצא בה מום חוזר יע"ש ולא שרניש הרב מהאי סברא דהו"ל לבדוק ודוחק לומר דאיירי בסוחר ולא בלבע וכמו' מהר"ש דוראן הנז"ל ובאמת שהדברים ניכרים שדעת הרשב"ש כמהרשד"ס ושאר הסוברים דלא כסברא זו והרב כנה"ג כתב שדעת מרן ומורס שהשמיטו זה דלא ס"ל כהאי סברא אך הסמ"ע שכתב על דברי מרן וה"ס אם יכול להכחישו וכו' ס"ל כהאי סברא ולדידי אין הכרעה בדעת מרן מדהשמיטה ואיך שיהיה לפי קולר וע"ד שאפשר לומר שאלו היה נמצא בימיהם דברי תשו' הגאונים הנז"ל שהיו חוזרים בהם אפי' להוציא מיד שמוחזק אבל מ"מ כאן ספק שהמוחזק יכול לומר קי"ל כהאי סברא ומ"מ בכ"ד היש מקום לבאורה לומר אלו שיה המוכר תפוס יכול לומר קי"ל כהאי סברא| אבל על האמת הינו כן שאפילו שיה המוכר תפוס|מפקינן מיניה שהרי בכ"ד לא הוי אלא כמוכר בחזקת טוב מדראה דוגמא וכמ"ש הרשד"ס בסי' שפ"ה דבכה"ג גם בעלי אותה סברא יודו וכ"ש דהלוקח מוחזק ויכול לומר קי"ל ועוד דאפשר דלא אמרוה כשהלוקח מיעותיו בידו וכמ"ש התוס' והמש"ל ועוד יש מקום לזכות ללוקח ממ"ש הרב כנה"ג בסי' רל"ב אות י"א דע"כ לא אמרו בעלי סברא זו אלא בדבר שיכול לבדוק ע"י נסיון אבל בבחינה התלויה בראיה שאין צריך מעשה לא אמרו יע"ש והנה שבאמת דברי הרב בחילוק זה תמה כפלאו ממני ולדעתי אדרבה בהפוך הוא דבמידי התלוי בראיה יותר יש לנו לומר דהיה לו להשגיח יפה ולראות מ"מ נכרא דבה אמרה ויכול המוחזק לומר קי"ל כהאי חילוקא כפירוש דברי היש מי שכתב ומעתה הו"ל ספק ספקא ספק הלכה כיש מ"ש אם לאו ואת"ל הלכה כיש מ"ש ספק אם אמרו גם בדבר התלוי בראיה ואת"ל דאין חילוק הרי אמרו במכר סתמא משא"כ כהקפיד לראות דוגמא דהוי כמוכר בחזקת טוב דלכ"ע לא אמרי' הו"ל לבדוק וכמ"ש ובאמת שבחפשי בספרי האחרונים את זה ראיתי להרב בתר מים חיים בתשו' ח"מ סי' כ"ג שהביא חילוק הנז' משם|הרב כנה"ג וכתב וז"ל ולא יכולתי להולמו עכ"ל גם ראיתי שם שרחה דבהו המש"ל כסדר ואופן שכתבתי אנכי בעניי ותל"ת שכוונתי לדעת גדולים ·

אבן מה שיש קצת לחקור בכ"ד שאם הלוקח היה לו קצת מהטראביים הנז' קודם שפתח הברמיל הגרוע ואחר שבא ופתח וראה את הברמיל הגרוע הנז' מכר את שארית הנמצאים מטראביו'ה שהיתה אלו הדם נרון כוס דשוא מקי' דהוי כנשתמש אחר שידע במום אם לאו וכבר כתב הרמב"ם ז"ל בפט"ו דמכירה דין ג' דאם נשתמש במקח אחר שידע במום דהוי מחילה ואמת שנדברי מהר"ש בתשו' שהביא בס' קנין סי' ז' לענין הסוס שביתו מחמת מלאכה יש לשמעון לשלם לראובן כל מה שביתם מחמת שרכב עליו אחר שנודע לו המום וכו' יע"ש והרב שה"ג בצדק הזהב תמה עליו דהא כיון שנשתמש אחר שידע במום הכי מחל וכמ"ש הרמב"ם והש"ע יע"ש אך ראיתי להרב כנס"ג בסי' רל"ב הגה"ט אות ל"ו שכתב ע"ד השה"ג ז"ל ודהאי לי דהא דקי"ל דאם נשתמש במקח אחר שידע במום שמחל היינו על הסתם שלא גילה דעתו שרוצה להחזירו אבל אם גילה דעתו שרוצה להחזירו כשידע במום אז אפילו נשתמש יכול להחזיר ולא אמרי' שמחל עכ"ד גם בתשו' הפ"מ בסי' כ"ס ראיתי מ"ש משם מהרא"ח שתלד לומר דהא דאמרינן היכא דנשתמש מחל דוקא במכר לו סתם אבל במפ' שאין בו מום ונמצא בו מום דאפילו נשתמש לא הוי מחילה וכתב הפ"מ דאף דמהרא"ח לא הסכים בזה מ"מ היכא דשוו ב' מינן ומפרש הפ' דאפי' נשתמש לא מחל ואף דלא נימא הכי מ"מ לריך ראיה ברורה דנשתמש יע"ש והנך רואה דבכ"ד גם לפי ד' הכת"ג דס"ל דבל שגילה דעתו לא מחיל גם הכא בכ"ד כיון שתכף ראה וגילה דעתו אפילו שמכר אחר כך דהוי כנשתמש מ"מ לא מחיל · ואל יעלה על דעתך לומר דאעיקרא דמלתא דמכר לא הוי כנשתמש דלית' ודאי וכן מבואר בתשו' מהר"ש דוראן סי' ת' בפסק האסטים יע"ש ועיין בתשו' לסרב החבי"ב בשניות דח"מ סי' פ"ב יע"ש ודוק:

ט"ז שאלוני רעיוני בראובן סוחר טוב והיה ש' עומד ומשרת עמו ימים מספר באמת ובאמונה ולא היה לוקח מראובן מאומה כי אם מפתו יאכל ומכוסו ישתה ויהי היום חלה ראובן את חוליו ובאו ב"א לבקרו ויען כי ראובן ראה שהכביד עליו חוליו התחיל לדבר לפניהם צוואות ועניינים ובתוך הדברים אמרו לו מה אתה מטה לשמעון יען כי באמת ובצדק עבד ימים רבים ולא לקח מאומה אז אמר ראובן ידעתי בעני לדקת שמעון עמדי גם אני מלוה שתתנו לו בתי פלונית לאשה ותתנו לו סך כך וכך ע"כ באו דבריו ואתפטר מנו מרעיה ובעת שמעון רוצה ליקח בתו של ראו' וליקח גם הסך שנדר לו ראובן אכן בתו של ראובן אינה רוצה בשמעון וטוען שמעון הגם שאינה רוצה בו לפחות שיתנו לו הסך שנדר לו והאפטרופוס טוען כי ראובן לא נדר לשמעון הסך הנז' כי אם כקחתו את בתו ובעת שאינה רוצה גם הסך הנז' אינם חייבים היתומים ליתן ושמעון אומר כי הסך

שנדר

שנדר לו הוא בעבור ש"ט והנה שבתו אינה רוצה לינשא לו ספק שנדר לו הרי זכה בו והוא שלו כיצד הדין נותן ובמ"ה

תשובה עיקרא דהאי מלתא איתא בגמ' דבילה ד"כ השוא גברא דאמר הבו ת' זוזי לפ' ולינסוב ברתי אמר רב פפא ת' זוזי שקיל וברתיה אי בעי נסיב אי בעי לא נסיב טעמא דאמר הבו ליה ולינסוב ברתי אבל אם אמר לינסיב והבו ליה אי נסיב שקיל ואי לא לא שקיל ע"כ בגמרא וכתבה הרי"ף בפ' מ"ש וכתב דטעמא דלישנא קמא דלישנא דמתנה הוא בין בזוזי בין בברתא הילכך אי בעי תרוויהו שקיל ואי בעי חד מניהו שקיל אבל לישנא בתרא ברתיה תנאה וזוזי מתנה הילכך אי מקיים לתנאים שקיל ואי לא לא שקיל ע"כ והנה לכאו' נר' דנ"ד דמי ממש ללישנא בתרא דקאמר לינסיב והבו ליה דהוי ברתיה תנאה וזוזי מתנה ואי מקיים תנאיה שקיל ואי לא שקיל והנה דבאמת אין העיכוב בא מצד שמעון כי הוא רוצה ליקח את בת ראובן אלא שהעיכו' בא מצדה מ"מ כיון דאמרינן דעת הנותן שלא זוכה לשמעון אלא בעבור בתו כלישנא בתרא דגמר' אף שעתה דהיא אינה רוצה בטלה הסיבה בטל המסובב והנה הרז"ה ז"ל בס' המאור פ"ק דבילה פליג אטעמי' דהרי"ף וס"ל דרישא וסיפא תנאה הוי מ"מ טעמא דרישא הוי משום דבעינן תנאי קודם למעש' וברישא הוי תנאי שקדמו מעשה ותנאו בטל · אך הראב"ד והרמב"ן במלחמות דחו דבריו משום דלפי טעמו של הרז"ה אפילו באומר תנו ר' מאה זוזי לפלוני אם ישא בתי אפ"ה ד' מאה שקיל ובתו אי בעי לא נסיב ושא ודאי ליתא והנה לכאורה וראה דדעת התוספות בבילה בד"ה נזיר והיינו מגלח וכו' וכן מסת' בסמוך וכו' וראה מדבריהם דדוקא באומר ע"מ מתחילה אבל באומר על מנת לבסוף לאו מלתא היא אפילו באומר הבו ליה ולנסוב וכו' אי בעי נסיב ואי בעי לא נסיב וכן הבין התה"ד בסי' ש"ן ותמה על האי דינא דלא דמי שקדש לש"מ דהקדש לא מצי למיהדר וש"מ מצי למיהדר יע"ש ועיין בתשו' הלח"ר בסי' רי"ד שפי' דברי התו' יע"ש דלא כהרז"ה ועיין במהרש"ך ח"ג בתוספות סי' כ"ב יע"ש גם הרב בתשו' מקובלת לבילה דחה דברי הרז"ה וכתב דהרא"ש פי' דרישא תרי מילי קאמר דבשהקדים מתנת המעות לנישואי בתו גילה דעתו שלא תלה זה בזה אבל כשהקדים נשואי בתו ודאי גילה דעתו דבתורת נדונייא נתן לו המעות וכן כל כיוצא בזה עכ"ל ולכאורה לכולהו פירושי בנ"ד דהקדים נשואי בתו לנתינת המעות הא ודאי שהם תלויים זה בזה ואי נסיב שקיל ואי לא לא אכן לפי ע"ד כד דייקינן שפיר נראה דהדין עם שמעון דשאני לישנא דסיפא דש"ס דקאמר לינסוב דהוי חיובא עליה דהשוא גברא ולהכי אמרי' דהוי תנאה ואי לא נסיב לא שקיל אבל לישנא דנ"ד דהוי כאומר שתנשא בתו לו דלא מחייב ליה להשוא גברא אלא שהוא מצוה לבניו שיתנו לו בתו אפשר דבכה"ג בכלהו לישני הגם דהקדים נשואי בתו לנתינת המעות אפי' הכי אמרי' אי בעי נסיב ואי בעי לא נסיב ולשקול זוזי כדינא דרישא ותבלין מלאתי לחילוק זה והוא ג"כ ראיה גמורה לנ"ד מ"ש מהר"י הלוי ז"ל בתשו' סי' ס"ו שהביא ראיה לנ"ד מסו דגמרא ומה שפי' הרי"ף ז"ל וכת' על לישנים דהרי"ף וז"ל פי' דבריו שבלשון א' התחיל בלשון מתנה ואמר הבו ליה וכו' ומילת הבו מוסך עצמו ואחר עמו כלומר הבו ליה זוזי והבו ליה דלנסוב ברתיה אבל בלשון האחרון לא התחיל בלשון מתנה אלא בלשון תנאי שאמר לינסיב והבו ליה וכו' עכ"ל · והרב מוהראד"ב ז"ל בתשו' סי' רי"ד קלסיה וכתב שיפה פי' דבריו יע"ש הרי נראה דעיקרא דדייקינן לישניה אם הוא אומר בלשון תנאה על המקבל וכ"ש וק"ו בנ"ד דהוא אמר מילת הבו מתחילה דלינסוב ברתיה ועל שניהם הוא אומר דמתנה נתונים המה לו ועל כל אחד מהם אומר הבו הא ודאי דהוי כלישנא דרישא דזוזי שקיל וברתיה אי בעי לא נסיב ובאמת דמדברי הרא"ה שהבאנו דכתב דכשהקדים נשואי בתו ואח"כ נתינת המעות גילה דעתו דבתורת נדונייא קאמר לכאורה נראה דלא ס"ל כהאי חילוקא אלא דסתמא דמלתא ורדו מכתים לסוף דעתו דכשהוא מקדים נשואי בתו ואח"כ נתינת המעו' סתמא דלנדונייא קא' ואי לא נסיב לא שקיל אבל עכ"ז לע"ד האמת יורה דרכו דגם הרא"ה יודה למ"ש דהא ודאי אין דברי חכמים ז"ל גזירות וחוקים דמאי פסקא דלישנא קמא מקרי דלא גילה דעתו ובלישנ' בתרא הוי גילוי דעת דלנדוני' קאמר אלא פשיטא דכונת הרא"ה כהרי"ף ממש דלישנא קמא תרוויהו זוזי וברתא לישנא דמתנה נינהו ואין בו גילוי דעת דלנדונייא איכוון אלא למתנ' ובלישנא דאמר לינסוב דהוי לישנא דתנאה ולא מתנה מקרי גילוי דעתא דלנדונייא איכוון אבל היכא דלישנ' משמע דלישנא דמתנה לא אכפת לן בשקדמם אי אקדים נשואי בתו דהא לישנא מבורר דלמתנה אכוון והנה שדברי הרא"ה כאלו תאומים ולמוד שתים מן המפורש דדעתו כדעת הראשונים דלישנא קמא לישנ' דמתנה הוא וכפי' מהרי"א וא"כ בנ"ד דאמר שתתנו לו בתי וגם תתנו וכו' כ"ע יודו דתרווייהו לישנא דמתנה ואי בעי לא נסיב ושקיל ואין מקום למי שרוצה להתעקש מתשו' הראד"ב שנ"ד שם כתוב שתנשא בתו לבן שמעון ויתנו לה חלק זכר שכתב הרב שלא זכה בן שמעון במתנה ע"ש הרי שכתב שתנשא לבן שמעון דמשמע לישנא דמתנה לבן ש' בבתו הנז' ואפ"ה כתב כיון שאינה רוצה לא זכה במתנה דזה ודאי לא יעלה על לב דהא ודאי אלו היה כ"ד דהרב שאמר תנשא לבן שמעון ויתנו לו לבן שמעון כך וכך הא ודאי דזוכה ן' שמעון בממון גם שאינה רוצה לינשא לו אבל בנ"ד דהרב עיקר המתנה היתה לבתו שאמר תנשא לבן שמעון ויתנו לה ואם כן לבן שמעון לא זוכה לו כי אם הבת וכשתרצה לינשא לו יתנו לה ועכשיו שאינה רוצה שמקור מוטעת מסיכן תמלא מים במורד מאין זכה ן' שמעון בממון והדברים ברורים אלא שאמר כך זוכה הרב כנגד אחיה לפי שדעתו קרובה אצל בתו ולא אמרו בגמרא בלישנא בתרא אלא באחר ולא בבתו דהגם שאמר תנשא ויתנו לה גמר ויהיב לשם מתנה יע"ש ועיין להרב בס"נ בח"מ סי' רנ"ב הגה"ט אות פ"ד שהשיא דעת מהראד"ב לסברא' אותו פוסק שהובא במהרש"ך סי' כ"ב יע"ש והרואה דמהראד"ב ז"ל לא נגע ולא פגע בסברא זו והגה קודפיה דהרב בס"נ עירבב הדברים ח"ו יע"ש ומכל מקום מה שהביא מהראד"ב ראיה לנ"ד מדברי התה"ד יע"ש

אחרי

אחרי נשיקת עפרות רגליו. לע"ד דלא דמי כלל דמ"ש שם ומתנה כהאי גוונא פשיטא שהוא חוזרת וכמ"ש הרב. והיינו תנאי משא"כ בנ"ד דאמר תנשא ויתנו לה דהוי דומיא דליסנא דגמרא ופשיטא דהוי תנאה וגם הרב עצמו כמסתפק אתרה יעו"ש ·

ואכתי פש גבן לברר וללבן הטענה השניה שטוען שמעון שראובן הנז' לא בתורת מתנה נתן לו. כי אם בעבור ש"ט ועמלו ואם כן לו יהי שבתו הנז' אינה רוצה בו מ"מ בדין הוא שיטול שכרו והיא היא המתנה שנתן לו ראובן והנה ראיתי להרב מהרשד"ם ז"ל בתשו' ח"מ סי' שמ"ו שנשאל על ראובן איש עני ידוע ואחיו שמעון עשיר ושלח שמעון הנז' לאחיו הנז' שחורות בתורת פ'אטוריה ליהנות ראובן ולהחיות את ביתו ובקרוב יתיש מת ראובן ואשתו תפשה הנכסים כלם והחזיקה בהם לעצמה ובאה אשת שמעון ובנה זבולון ליקח את ממונם מאשת ראובן הנז' ועמדו לפני דיין א' שקבלו עליהם וגזר הדיין שיקח זבולון את בת ראובן הנז' ויתנו לו מ' אלף לבנים בנדונייתה ובתו של ראובן אינה רוצה ואשר ע"כ גם האם אינה רוצה ליתן לזבולון דבר מה מהמ' אלף הנז' וכתב הרב ז"ל דלכאורה דמי לליסנא בתרא דגמרא דלינסוב וליטול דקי"ל אי נסיב שקיל והנה שאין המניעה ממנו אלא מהבת מ"מ אתינן לפלוגתא דרבוותא דרבנן ורשב"ג בההיא דעל מנת שתשמשי את אבא ומת אביו או שאינה רוצה דלת"ק אינו גט ולרשב"ג כל עכבה שאינה ממנה הוי גט ויש מהפוסקים שפסקו כת"ק ויש שפסקו כרשב"ג ומ"מ הוי פלוגתא דרבוות' יעו"ש ובאמת דלדידן דקיבלנו הוראות מרן ז"ל וליכא מלתא דקי"ל כת"ק וכמו שפסק מרן בא"ע סי' קמ"ג יעו"ש ואם כן דין הוא דלא שאני לן בין היכא שהעכב' באה ממנו או ממנה דהוי כלא קיים תנאה · אכן מאי דפשיטא ליה לרב דזה תלוי בפלוגתא דרבוותא אנא עבדא היא גופא מספקא לי דהוכא למימר דע"כ לא פליגי אלא התם לגבי גט דסברי רבנן דלצעור' קא מכוין. וכיון שלא נצטערה לא נתקיים תנאי אבל היכא דלהרווחא קא מכוין מודים ת"ק לרשב"ג דהו"ל כאלו נתקיים התנאי וכמו שחילקו בגמ' דגטין דף ע"ד ע"ב אליבא דרבנן יעו"ש וכן נר' מדברי הרשב"א בנדרים דכ"ד ע"א אמאי דאמרינן התם האומר לחבי' קונם שאתה נהנה לי אם אין אתה נותן לבני כור חטי' וכו' וחכ"א יכול להתיר נדרו שלא ע"פ חכם שיכול לו' הריני כאלו התקבלתי וכתב הרשב"א דטעמא משום דלרווחא אכוון והא לא אצטריך כדאיתא בגיטין יעו"ש ובירושלמי אמרינן עלה דלאו דוקא צריך שיאמ' הריני כאלו התקבלתי אלא אפילו אמר לה בעינא למיתב ליה בני ואמרו דמתני' איירי כדלא בעי למיתן ליה ומש"ה צ"ל הריני כאלו התקבלתי יעו"ש וע' במחנה אפרים ה' זכיה ומתנה סי' כ"א וכ"ב יעו"ש ועיין בתשו' מהר"ם שהביא המרדכי בפ' מי שאחזו יעו"ש ועיין בקרית מלך רב ח"ב בה' זכיה ומתנה פ' ג' דכ"ז ע"ג יעו"ש ומעתה זו היא שקשה לי' מהרשד"ם שכתב בפשיטות דנ"ד הוי פלוגתא ולפי הנר' דלא דמי ממון לגט וכמ"ש והנלע"ד לייסב דעת מהרשד"ם בזה דהא"כ דס"ל דאם אמר הרי זה נתון לך על מנת שתתן לפלוני ר' זוזי ומת המקבל או שלא רצה לקבל

דהמתנה קיימת משום דלרווחא אכוון והא לא אצטריך והמקבל הזוזי לא אכפת ליה במקבל מתנה אם יזכה במתנתו דאפי' אם ירצה לזכות לא אכפת ליה ואיהו הוא דלא בעי ומש"ה אמרינן דהמתנה קיימת משא"כ בנ"ד דהרב ז"ל דהבת עצמה אינה רוצה כדי שלא יתקיים תנאי הממון והיא היא דלצערי' קא מכוונא שלא יזכה בה ולא בממון והיינו דומ' לההיא דינא דגמרא דלא אכפת ליה וכדכתיבנא אבל מ"מ אכתי קשיא דהא התם גזרת הדיין היא היא שישאנה ויתן לו מ' אלף וכבר כתב הרב דהדיין להרווחה דהבת הוא שגזר כן וא"כ הנה דהבת אינה רוצה מה לנו ולרצונה כיון דדעת הדיין להרווחה דידה שישאנה והא לא ניחא ומעתה מ"ש הרב בסו"ד וז"ל אמת כי נשאר עדין לו' שאולי מ' אלף תרצה לתת והבת לא תרצה לינשא ואם כן חזר הדין שהעכבה אינה מן האלמנה אם היתומה לזה אני אומר כי ודאי מכל זה היה זכות לאלמנה פ' על הדרך שכתבתי שבאנו למחלוקת הפוסקים הרי"ף ור"י וכל היכא דהויא פלוגתא לא מפקינן ממונא עכ"ל ואחרי נשיק' עפרו' רגליו לע"ד ליתא דהנה אם באמת שהבת אינ' רוצה כל שהדיין דעתו דלהרווחה דהבת אכוון אי איהי לא בעיא לא אכפת לן וחייבת אם האלמנה ליתן לה"ר יוסף המ' אלף ודברי מהרשד"ם בזה צל"ע

ומעתה לע"ד הנה כי לדידן קי"ל כת"ק דאמר אינו גט וכפסק מרן הא לא חבר' לנ"ד דבנ"ד כתי פשיטא דלהרווחא קא מכוין ואפי' אמרה לא בעינא המתנה קיימת ועוד נראה לי ראיה גמורה ממ"ש הרשב"א בחי' לנדרים דמ"ח גבי מאי דאמרו שם אמר רבא לא שנו אלא דאמר ואינן לפניך אלא כדי שיהא אבא אוכל א"ל שיהו לפניך שיהא אבא מדעתך הוא דא"ל וכתב הרשב"א וז"ל דמשמע שמעינן דהאומר לחבירו הרי זה מכור לך או נתון לך ואתה תעשה כך אינו תנאי אלא מדעתך קא"ל דכל מי שאינו אומר כלשון תנאי אינו תנאי והמתנ' קיימת והשאר אלו רצה עושה ואי לא לא וכו' ואף לליסנא בתרא דרבה שאני התם דסעודתו מוכחת לו דהוי כתנאי יעכ"ל ולדעתי הדברי' ק"ו דהשתא ומה התם דהוי הנאה דנותן שא"ל ואתה תעשה כך אפ"ה ס"ל דאי בעי לא עביד כ"ש וק"ו היכא דכולהו הוי הנאה דמקבל דאי בעי לא עביד וכ"ש דאיהו בעי ואיהי לא בעיא. והא ודאי אפי' להחולקי' על הרשב"א והם הריטב"א והרא"ה הביאם הנ"י בחי' לנדרים וס"ל דשאני הכא כאומר ואתה תעשה דהוי הנאה דנותן לא דמי לההיא דבילה דכול' הנא' דמקבל בנ"ד יודו ואפי' תימא דסיפא אפילו הוי כולהו הנאה דמקבל אמרינן דתנאה הוי ואי לא נסיב לא שקיל מ"מ נ"ד עדיפא דכולהו הוי לשב' דמתנה וכדכתיבנא לעיל דלע"ד בכי ה"ג כ"ע יודו דזכה המקבל .

סי' טו"ב נטיתי לבי על מעשה שהיה פה"י בשיירא שהיתה הולכת מכאן לבבל והן בעון עמדו לסטים הנק' ערב ענזוי"ה ושללו כל השיירא לא השאירו עוללות ויהי כשומעם סוחרי אר"ן שמועה זו הרעה והמה בוכים קמו הסוחרים ושלחו קצת אנשים לקנות סחורות מהשוללים בפחות

כפחות מכדי דמיהן למלאת קצת מחסרונם והלכו השלוחים ונתעכבו ימים מספר וחזרו בידים ריקניו' כי הערביים הנז' העלימו מהם הסחורות הנשללים ואחרי עבור יותר משלש חדשים נתקרבו הערביים הנז' קרוב לתחומה של אר"ץ ומהם הורידו לאר"ץ סחורות למכרם וקצת יהודים הלכו אצל הערביים לקנות מהם מהשלל ויש לדעת האם יש מן הדין להחזיר הסחורות שקנו לבעליהן וליקח הדמי' שנתנו בעדם או דילמא שכבר זכו ואין מוציאין מידם וזה החלי בעזר משדי בורי וגואלי. ואומר דעיקרא דהאי מלתא תמן תנינן בפרק הגוזל דקי"ל המציל מן הנהר וכו' ומן הלסטים אם נתייאשו הבעלים הרי אלו שלו ובגמרא הא סתמא לא ל"ש אלא נכרים דדייני בגיתי אבל לסטים ישראל כיון דאמרי מימר מייאש ע"כ. ופסקה הרמב"ם בפ"א מה' גזילה דין ג' וכ"פ הטור ח"מ סי' שס"ח יע"ש דבלסטים גזלן גוי לכ"ע לא הוי יאוש מסתמא גם בש"ע פסק כן דגזלן לסטים גוי לא הוי יאוש וראיתי להרשד"ם בח"מ סי' שע"ר שתי' למה שק' כדברי הטור ח"מ מסי' רל"ו לסי' שע"ה בדין קרקע גזולה וכתב וז"ל ומה ראוי על ככה להשוות גזלן ישר' לגזלן אומ"ע והחילוק ביניהם ברור מאד כי גוי אינו מקוה יש' ממנו שישוב ויחזיר לו הקרקע לא מעצמו ולא בדין אך אמנם גזלן ישראל הוא להפך שמקו' שישוב בתשובה ויחזיר לו הקרקע שלו או ע"י ב"ד וכו' נמצא שאין כאן כפי האמת לא יאוש ולא שינוי רשות וכו' יע"ש ובאמת מאי דפשיטא ליה להרב טובא וכתב שהוא ברור כשמש לדידי מספקא לי טובא דהיך יתכן שיהיו בין קרקע למטלטלין סברו' הפוכות משקלא אל שקלא דבמטלטלין בישר' מיאש ובגוי לא מיאש ובקרקעות להפך ועוד דהאי סבר' שהניח הרב דבישראל מקוה שישוב בתשובה ה"ט שייך גם גבי מטלטלין והו"ל למימר מהאי טעמא דבישראל לא מיאש והדבר צריך ישוב .

ואיך שיהיה סתמא דש"ס ודעת הפו' דבלסטים גוי סתמא לא הוי יאוש אך ראיתי להרשב"ץ ז"ל בח"ב סי' קל"ז שנשאל על ספינה ששבו אותה ישמעאלים וכתב וז"ל בנדון זה בלי ספק יש כאן יאוש. ודומה ללסטים ישראל דמודי הוא טעמא משום דדייני בגיתי וישראל אמרי מימר בנדון זה נ"כ אין זה ליסטים אחד שיעמידנו לדין כי הם רבים וכו' וישראל הלוקח ממנו זכה וכו' ואף ע"ג דאמר לא מיאשנא] לאו כל כמיניה וכל זה אפילו היינו צריכים ליאוש אבל הרשב"א כתב דבשבאי לא בעי' יאוש וכו' ע"ש באורך ועיין עוד סי' קל"ו גם בח"א סי' נ"ט כתב וז"ל ומ"מ אם הוא ליסטים מזוין אפי' בגזילה ואפילו עכו"ם סתמא הוי יאוש כדאיתא בפ' מרובה ובפרק אלו מציאות וכו' ע"ש גם בתשו' הרשב"ש בנו בסימן מ"ז הביא דברי הרב מר אביו ז"ל בתשו' הנז' וכתב ובנ"ד בלי ספק שנתייאשו הבעלי' מפני שלא עלת' על לב שיוכלו אותם שברחו לווהרא'ן לדון עם השר לשוליהם מידו ולא אמרינן דדייני בגיתי בנדון כזה וכו' עי"ש גם מהרשד"ם ז"ל בח"מ סי' קנ"ז כתב וז"ל שמעינן מהא שבמלכות שאנו בו שאינו כן אלא שצריך להביא עדים ברורים ובולי האי ואולי ולא עוד אלא אפילו אחר שיתברר הדבר אינו מגיע ליד התובע בלי תביעתו פשיטא דגרע יותר מליסטים ישראל וכ"ש וק"ו במקום שאנו רואי' שהדעת מחייב דהוכא יאוש וכו' וכתב הב"מ דכי בעי' נתייאשו דוקא ביכולים להציל על ידי הדחק אבל כשאין יכולים להציל רק על צד הזרות והפלא ודאי אפילו לא נתייאשו הרי אלו שלו וכו' מוכח מכל זה דכל דבר שהשכל מחייב וגוזר שיש בו יאוש שזוכ' המוצא אותם ואפילו אנו רואים שצווח שנראה כמי שאינו מתייאש אין בכך כלום דהוי כצווח על ביתו שנפל וכו' יעש"ב גם הרב תורת אמת בתשו' סי' ק"מ כתב נ"כ כדברי הרשד"ם ז"ל ובזמנינו זה בעונות הוא להפך שהרי אין הערבאו' שלנו מוציאין ונותנין ליד הישראל אפי' בראיות ברורות ובאותות ובמופתים עכ"ל הנה מתוך דברי הפוסקים הנז' שכבאנו יראה הרואה דפשיטא בנ"ד דסתמא הוי יאוש הן מטעמא דהוי ליסטים מזוין וסתמא הוי יאוש אפילו בלסטים גוי וכמ"ש הרשב"ץ הן מטעמא שכתב מהרשד"ם ומהרא"ם דבזמנינו זה הדבר להפך והוא דבר הניכר ואין מי שיכחיש ובפרט באלו הערביים שאפילו על צד הזרות והפלא אין מידם מציל ופשיטא דסתמא הוי יאוש והדברים ברורים .

פיש נכון לברר כיון דבנ"ד שלחו הסוחרים שלוחי' לקנות מהשוללים אי הוי זה כבעלים מרדפין אחריהם שכתב רב שרירא גאון בתשו' והביא' הטור סי' שס"ח וז"ל תשובה אם הבעלים מרדפין אחר הגנבים שנאבדו ודאי לא היאש וזה שקנאם צריך להחזירם וכו' עי"ש שהאריך וא"כ בנ"ד נ"כ. נאמר כיון שהם מרדפים ודאי לא אייאוש. לזה אני אומר כי הדבר ברור אלו היה הדבר שבעת שהלכו השלוחים שלהם יעמוד אותו היום לקנות משלל הא פשיטא דחייב להחזיר. אבל בנ"ד שכבר הלכו וחזרו בידים ריקניות ועבר זמן ומנם שבטלו הרודפים הא ודאי פשיטא דלא מקרי כי האי בעלים מרדפים ואפילו שיש בהם שחושבים בדעתם שאפשר שימצא מהשלל איזה דבר ויקנוהו אין זו הדרך מוציאה מידי יאוש וגדולה מזאת כתב הרב בני אהרן בתשו' סי' צ"ר על השר שגזל מעיר מנגאליי"ם והשוללים מכרו מהחפצים ליהודים אם ראוי לכוף ליהודים שיחזירו לבעלים ויקחו דמי קנייתם והשיב הרב דסתם גזילה זה הוי יאוש כי מי יוכל לדון עם צר הצורר מורד במלכות וכו' והגם שיהיה בדעת קצת יהודים שהם ימצאו מחפציהם ביד השוללים או ביד מי שיהיה שיקנום הם אין זה מוציאתם מידי יאוש דהמידה זו אינה מצלת חפציהם וכו' ומה שהכריזו מושלי העיר שכל מי שקנה שום דבר שיחזירנו לבעליו אין זה מחמת דר"מ אלא מחמת דין נימוסיהם ואין לנו להניח דין תורתינו הקדושה מחמת דין נימוסם וכמ"ש הרשב"א הובא בח"מ סי' כ"ו יע"ש שהאריך וכמה הלכתא איכא למיגמר מדברי הרב ז"ל חדא דפשיטא דאין מחשבת הנשללים שיקנו שהצלה' מקרי בעלים מרדפים ולא עוד אלא אפילו שהכריזו שמי שיקנה יחזיר אפ"ה לאו מידי הוא ואכתי סתמו יאוש וגם שאין לנו לילך אחר נימוסי דתם בענין זה שדינם הוא שאיסור גדול הוא הקונה מן הלסטים יותר מהגנב עצמו שאין זה דין תורתינו הקדושה ואינו ענין לדינא דמלכותא גם הרב בעל מגן גבורים בתשו' כי בהא בבית שלמה ח"מ סי' מ"ו

כתב על ראובן שנשלל בדרך ובבואו לעיר שהודיע הענין ליהודים שיחקרו וידרשו ויעמדו למשמרת אם המצא ימצא מהכלים והחפצים שנגזלו ממנו וכו' הרב שם בתשו' שנראה לכאורה שראובן לא נתייאש אמנם אפשר וקרוב לודאי שנתייאש ואף שאמר לאנשים שיעמדו לראות אם ימכר איזה דבר מחפציו כל זה אינו מספיק להוציא מידי יאוש דביאוש כתבו הפו' צריך שיהיו הבעלים מרדפין אחר הגניבה אבל בשביל שצוו על אנשים שיראו אם ימכר איזה דבר מחפציו אין זאת הוכחה שלא נתייאש ופוק חזי מ"ש הטור משם רס"ג וכו' יע"ש הרי כתב שבשאין הבעלים מרדפין וכו' ומה גם במלכות שזה וסביא דברי מהרשד"ם סי' קנ"ז יע"ש שהאריך הרי לך תרי גברי רברבי הרב בני אהרן והרב מגן גבורים ז"ל דב"ד עדיף טובא מב"ד ואפ"ה לא קרו לב"ד בעלים מרדפין וכ"ש בב"ד דפשיטא טובא דלא מקרו מירדפי' ובפרט שאם באנו לדון מאומר ומסברא כמ"ש רב שרירא גאון שב"ד אומדין ופוסקין שדבר אם ראוי ליאוש אם לאו דהדבר ברור ופשוט בב"ד דראוי ליאוש הוא מבלתי שום ספק ולא זו בלבד כי אפילו נאמר ונדחוק עצמנו כי זה מקרי הבעלים מרדפים מה שא"כ שאמת וכמ"ש הרי בפירוש כתב ר"ש גאון בתשו' הנז' ואם אמר בעל הכלים דברים שניכר משם שנתייאש אין לו לחזור על הקונה וכו' הרי למדנו כי אפילו שהבעלים מרדפין היכא דיש דברים שניכר מהם שנתייאש לא משגחינן במרדפין וא"כ פשיטא דבב"ד כמה וכמה דברים הם הם הנאמרים מפי גדולים וקטנים מהסוחרים שניכר הדבר בבירור' שנתייאשו ואין תקוה כי אם בדרך רחוקה ונפלאה פשיטא ודאי דאין לחזור על הקונים משם והמציל מן הגייס הרי אלו שלו הנלע"ד כתבתי

סי' ח"י שאלה

ראובן אמיד בנכסין והיו לו שלשה בנים שנולדו לו מאשתו הראשונה ולעת זקנתו מתה אשתו אם הבנים הנז' וישא אשה אחרת ויולדו לו שני בנים ובנות והנה בעת שגדלו ג' בנים הנז' נתן לכל אחד קרן סך מה וכולם עשו ולא הצליחו ואיבדו הקרן אשר מסר בידם והוסיפו עוד שנעשו בע"ח לאחרים והביאם הנז' פורע בעדם ולסוף הביא את בניו וכ' עליהם שט"ח שזה חייב לאביו כך וכך וזה חייב כך וכך ובסוף ימיו הבן הג' מאשתו הראשונה נלב"ע ותלי"ם והניח אחריו בת קטנה והנה חלה ראובן הנז' את חוליו ונטה למות והביא ב' עדים ועשה שטר צואה ומתנה וזה נוסחו זאת להודיע קושט אמרי אמת אנן סהדי דח"ל בכנסנו לבקר את החולה מע' הנגביר המנוח כהר"ח שתהון נר"ו בכה"ר המנוח כה"ר ש"ט נ"ע בר הוה שכיב ורמי בערסיה מוטל על ערש דוי וכה אמר לנו אתם הוו עלי ע"ג כמה שאני מלוה מחמת מיתה בצואה גמורה וכך אני גוזר שיהיה ומוסף ע"ז ליותר יפוי כח קנו מידי קנו"ש מעכשיו כמר' לב בחז"ל איך מעכשיו נתתי את כל החלירות ובתים והמכואן וכל חולק שיש לי במתא אר"ץ יע"א לשני בנים הקטנים והם ה"ר שמאדיה יצ"ו ואחיו יחזקאל הקטן הי"ו בני הם אשר נתן לי אלהים בזה מאשתו זו היא כו' שניאר נכ"ת והגב הקרקעות הנז' שהקניתי ונתתי לשני בני הקטנים הנז' יצ"ו הקניתי ונתתי להם ג"כ כל מטלטלים ושטרים וממון שיש לי בהם ובביתי דהכא אשר אני דר בתוכו עתה פה דמשק יע"א ושלאף שבירות הבית דהכא כולו והקעידיה שיש לי על הבית דהכא את הכל מעכשיו בחיו ויהיה קנוי ונקון כלו לשני בני הנז' שהם מאשתי סי' שניאר הנז' וגם מעכשיו כל מה שיש לי ממון ובגדים ונכסים שיש תחת יד אשתי הנז' מכל מידי דמתקרי נכסי אני זכיתיה בו שתזכה בו מעכשיו לה ולבניה ולבנותיה הקטנים הם בנותי הי"ו ואין רשות לשום נברא ואפילו לבני הגדולים ליגע בשום פ"ק מכל הנז"ל ולא מכל עזבוני שיש לי תחות כל שמיא וגם מה שיש באוצ"ם ובשאר מדינות כל אלו הנכסים לה ולבניה ולבנותיה הי"ו דוקא אכן זאת אודיע אתכם שבני הגדול הר"י שי"ו הוא חייב לי חוב נו"ש סך וכו' וכן בני הרע"ז יצ"ו ג"כ הוא חייב לי וכו' וגם בני ה"ר יוסף נ"ע שנלב"ע ותלי"ם בשנה זו גם הוא חייב לי כמו שבעים אלף גרוש לאג' ואלו הם חוב גמור אעלם אלו יהיה להם לבני הנז"ל חלף וכנגד חלקי ירושתם שנוגע להם מכל נכסי כי זה נתתים להם בעודי חי וקיים כנגד חלקם ומעכשיו לא יקחו מכל נכסי דאית לי תחות שמיא וארעא ואפי' פ"ק כי לקחו חלקם בחיי ועל הכל אני מטיב ומגדיל חסדי עמהם וכו' ולאבת הקטנה בת בני הרי"ע נ"ע הנז' ינתן לה במתנה לכשתנשא סך חמשה אלפים גרוש לאג' ובכן אנן סהדי דח"ל ראה ראינו את הנגביר הרח"ש הנז' שפוי ומיושב בדעתו במהר מאד וצוה בפה מלא בכל הנז"ל צואת ש"מ ואמר לנו בפירוש אעפ"י שדברי בכתובים וכמסורים דמו ליותר יפוי כח וחיזוק קנו ממני קנו"ש במדל"ב בפני שני בני הגדולים הי"ו ובכן אנן סהדי דח"ל קנינא מידו קנו"ש במדל"ב בראוי מעכשיו בת"ח ז"ל בכח ק"ש זה נתן במ"נ מעכשיו לבניו הקטנים ה"ר שאחדיה ואחיו יחזקאל הי"ו ולאחיותיהם הקטנות הי"ו ולאשתו סי' שניאר מב"ח כל חולק שיש לו בארץ צובא יע"א ובפרט החלירות והבתים והמכואן הידועים לו שם הם וכל המטלטלים וספרים שבתוכם אנכם וגם כל שבירות הבית שיש לו שלאף פה דמשק יע"א עם הקעידיה והולאות שיש לו על הבית שבכור בירו מגויים שהם דרים בו בעת פה וכל נכסים ומטלטלי' וסחורות שיש בבית ובאו"ן ובשאר מדינות וכל מה שיש לו תחת כל השמים כל נכסיו וכל מה שיש תחת יד אשתו הנז' תזכה בו לה ולבניה ולבנותיה הי"ו בתורת מ"נ שו"ק גלויים ומפורסמת לכתוב בשוקא וכו' וכך אמר לנא הכל הוא יהיה נתון להם כנז' ויהיה משועבד לכתובת אשתו ומזונותיה היא ובניה הי"ו ובנותיה הי"ו עד שינשאו הבנות וכו' וע"ד אמו"ן כתבנו וח"ם פה מתא דמשק יע"א כ"ה אלול תקל"ג והכל שריר וברור וקיים והנה שני בניו הגדולים הנז' קיימו וקבלו עליהם צוא' אביהם הנז' אכן יען כי בת בנו הנז' גדלה והגיעה לפרק שנושא ועמדה בדין לתבוע ירושתה מנכסי מ"ז הנז' ואומרת יקוב הדין את ההר ואם שטר צואה זו עשוי כהוגן וכתקו"ל עלי לקבל ואם לאו הרי היא תובעת הירושה המגעת לה משלם עד שפ"א ואני עני הכני מכלל הדיינים שהוכרחו לעמוד בדין הנז'

הנז' הנה כי כן נתתי אל לבי לחפש ולפשפש אם יש ממש בצוואה זו וש' אלהים ינקני בדרך אמת כיר"א:

תשובה הנה כתובת שטר צוואה זו בהשקפה ראשונה עמדתי על כמה דברים שיש לדון בה ולספק בה כמה ספיקות א' כי בתחילת הדברים שציוה הנותן הזה אמר אתם הוו עלי ע"ג כמה שאני מטה מח"מ בצוואה גמורה וכו' מבואר בהר השטר דצוואה זו היא מתנת ש"מ ושוב בתכ"ד אמר איך מעכשיו נתתי את כל אלרות וכו' והנה במאמר זה מוכח דהיא מתנת בריא ואיך ארבבה אתרי רוכבי והיכא כינייהו טובא לענין דינא ב' נראה ברור בתחילת הדברים כי נתן כל הקרקעות והמטלטלים וכו' לשני בניו דוקא ואין לאמם ולבנותיה הי"ו שום עסק בהם ושוב אחר סמוך כתב וגם מעכשיו כל מה שיש לי ממון וכו' שיש תחת יד אשתי וכו' אני זכיתיה בו לה ולבניה ולבנותיה וכו' וגם מה שיש בהול"ה וכו' לה ולבניה ולבנותיה וה"ז סותר הקודם שנתן גם לאשתו ולבניה ולבנותיה חלק עמהם גם בסוף קדי בחיל ובכן אנן סהדי דמ"ל קנינו וכו' נתן במ"ג מעכשיו לבניו הנז' ולאחיותיהם ולאשתו כל חולק שיש לו ובפרט החלירו' וכו' וכל המטלטלים וכו' הרי דהקנין שעשו לכלם נתן הפך מ"ש בתחילת הצוואה א"כ בחוי אנן הי הוי זה חורה במקלת דקי"ל דאם חור במקלת חור בכל דמתחילה קנה כ"א החצי ולסוף לשלים ולרביע ל"ו שמענו כמבואר ג' מה שיש לעמוד במה שעשו העדים החתומים כי הוא צוה ועמוד וז"ל ומוסף ע"ז ליותר יפוי כח קנו מידי וכו' ועוד שנה בזה באומרו אעפ"י שדברי בכתובים ובמסורים דמו ליותר יפוי כח וחיזוק קנו וכו' והם במעש' שעשו כתבו ובכן אנן סהדי דמ"ל קנינו וכו' בכח ק"ס זה נתן במ"ג וכו' ולשון זה מורה ברור דבכח ק"ס נעשית ההקנאה מה שלא צוה כן אלא שעיק' הקנאתו בכח צוואת ש"מ דוקא והקנין נעשה ליפוי כח והו"ל לכתוב וקנינא מניה תוסף על מתנתא דא והוא לישנא דש"ס והפוסקים ונראה דהעדים לא עשו שליחותם ד' במ"ש בתחילת הצוה' ואגב הקרקעות הנז' שהקניתי ונתתי לשני בני וכו' הקנתי ונתתי להם ג"כ כל המטלטלין וכו' ושלאף שכירות הבית והקעירים שיש לי על הבית וכו' ויש לדעת אם השלאף והקעירים הנז' נקנים באגב אם לאו ה' יש לדעת ולברר אם היה להנכיר הנותן הנז' בעת הצוואה חוב אצל אחרים בני ברית או שאינם ב"כ בשטר או בע"פ אם קנו אותם מקבלי המתנה שהרי לא הוזכרו בדברי הנותן כלל ובאין ספק שהיו לו חובות ושטרות כמנהג הסוחרים ו' יש לברר שאם ימלא איזה ספק או פלוגתא דרבוואתא מי נקרא מוחזק האם מקבלי המתנה שהם תפוסים והחזיקו כבר בכל הנכסים וכ"ש שהם יורשים במקלת או נימא דהבא היורשת דאורייתא היא נקראת מוחזקת ז' אם יהיה איזה לשון מסופק בצוואה הנז' אם ישיה נידון לטובת מקבלי המתנה כי כן נר' דעת המלוה או נימא דיד בעל השטר על התחתונה. כל אלו ספיקות יש להסתפק בצוואה אלו ואני רואה דאם באתי להאריך על כל פרט ופרט מאלו יאריכו הדברי' הנה כי כן באתי בקיצור מופלג ראשי פרקים להלכה

אבל לגמור דין עד שיסכימו מעלת ב' לבתרות שוהב ה' עליהם יחיו ומיני ומינייהו תתקיים להל' ולמעשה ואומר דצוואה זו שאנו דנין בה מת"כ היכא למשרי בה ברנא דאם נדון אותה כדין צוואת ש"מ ממש יש לעמוד ממ"ש הרשב"א בתשובות סי' תתפ"ב על ש"מ שנתן קרקעותיו והגבן כל נכסיו שלא זכה במטלטלין ובשטרות מפני שלי"ק קרקעות עד לאחר גמר מית' והרי זה כמקנה מטלטלין אגב קרקעות של עלמו שלא קנה ואפילו אמר במתנת המטלטלין והרי אני נותן לו מח"מ אינו אלא במיפה את כחו אלא יאמר והרי אני נותן לו מטלטלי ואף אגב מקרקעי ע"כ ופסקה מור"ם ז"ל סי' ר"ן סי"ז ועי"ש בסמ"ע ס"ק כ"ד ובכ"ח ורבים מהאחרונים כתבו לתשובה זו ולא הביאו שום חולק עיין מהר"ם אלשיך סי' נ"ב מהר"י אדרבי סי' ר"ם מהר"ש גאון סי' ל"ד רע"א גם רי"ו וכ"כ הביאו עי"ש וכי תאמר כלכך דכל לגבי דידן דבקריה דמרן נרידן תשובת הרשב"א הלזו אינה הלכה שהרי מרן ז"ל בסי' רמ"ח סי"ב כתב וז"ל הנותן לחבירו כל נכסיו מח"מ ולא שייר ליורשיו אלא חמשה זהובים והיו לו בביתו שט"ח אם מתנ' ש"מ היתה קנה השטרות בכלל נכסים הם ע"כ: ולפי דברי הרשב"א הנז' מתנת ש"מ שכתוב בה מח"מ אינו זוכה במטלטלין ואיך כתב כאן דקנה השטרות בכלל נכסים ולכאורה מן התימה על מור"ם שבסי' ר"ן פסק לשיטת הרשב"א בסתם ובסימן רמ"ח לא שניה כלום והדרבה מרן וכל נושאי כליו של מרן ז"ל לא הרגישו בזה והאותי להש"ך בסימן רמ"ח סס"ק ע"ו שכתב ועיין לקמן סי' ר"ן סי"ז בהגה ע"כ ולא ידעתי כונתו אם להשיב על מור"ם ז"ל אם לאו והנלע"ד ליישב דלא פליגי הנו תרי פיסקי אהדדי דמ"ש בסי' רמ"ח דקנה השטרות בכלל הנכסים. דהיינו בכה"ג דאמר מטלטלי לפי' ואף אגב מקרקעי דבכה"ג כתב הרשב"א קנה נכסי' גם השטרות בכלל מש"כ במתנת בריא ולא נחית הכא להאי דינא להודיע באיזה לשון יקנו המטלטלין אלא ללמדנו דבמתנת ש"מ שטרי בכלל נכסי הינון ובמתנת בריא לא וק"ל ושוב בתפשי ראיתי לה' משאת משה ח"מ סי' ח' שכתב דדברי תשובת הרא"ש הפ' ליישבם עם דברי הרשב"א אך דברי מרן סתמם דלא כהרשב"א ולי אני שעבר מתוורתא כדכתיבנא שמרן בסי' רמ"ח לא ירד לזה ואתו דבריו גם אליבא דהרשב"א ודוק ואם באת לאמר דבל כי הא בכ"ד מגן שויא שהרי בפי' שקנה מעכשיו מטלטלי א"מ וא"כ אין ענין לתשו' הרשב"א בכ"ד דעיקר טעמו אינו אלא מפני שלי"ק קרקעות אלא לא"מ מש"כ בכ"ד דקנינו מעכשיו וכ"כ בתשו' מהרש"ך ח"א סי' קמ"ו ועי"ש בסי' ק"ח ועיין בתשובת מהר"ש גאון סי' ל"ד דס"ה ע"א איכא למשדי ביה נרגא מטעמא אחרינא דכל דשוי מעכשיו דינו כמתנת בריא וככר סיים מרן ז"ל בסי' רמ"ח הנז"ל וז"ל ואם היתה מתנת בריא לא קנה כיון דלא כ' ליה אינהו וכל שיעבודא דאית ביה ולכן יזכו בהם היורשין ע"כ וככר מרן ז"ל בסי' ר"ן ס"ט כתב וז"ל וכן אם כ' כל נכסיו ומפרש שנותן הכל מעכשיו ומקנה לו מחיים הרי היא כשאר מתנת בריא שאם הגיע השטר ליד המקבל או שקנו מיד שנותן קנה הכל ע"כ והה"כ במלוה מחמת מיתה דאם הקנ' מעכשיו

הוי כמתנת בריא וכ"כ בפי' בתשו' מהריב"ל ח"ד סי' כ"ו דמ"ש הרמב"ם דש"מ שכתב כל נכסיו מעכשיו הוי כמ"ב לאו דוקא נקט אלא ה"ה במלוה מחמת מיתה יע"ש. והכנה"ג הגה"ט אות ס' הביאו בלי חולק וכתב וכן נראה מדברי הנימוקי בפירוש מ"ש גבי עובדא דההיא דרב דימי בר יוסף יע"ש ואם באנו לומר דנ"ד דין מ"ב יש לו האמן למ"ש בספק ה"ה דאם היה לנכיר המלוה הנז' חובות ושטרות לא נקנו כיון שלא כתב קני אינהו וכל שעבודייהו ולא מבעייא לסברת קצת מהפוסקים דסברי דבשט"ח אלא הגוים דלא מהני בהו אפילו כתיבה ומסירה וגם במתנות ש"מ אינם נקנים והיא סברת המרדכי פרק מ"ש שכ"כ אביאסף בשם הרא"ש יע"ש ומור"ם בסי' רנ"ג ס"ך פסקה להלכה שכן הוא בהגמ"י פ"ו"ד דזכיה ובתשו' מהר"ם מפדווא סי' נ"ו ע"ש דהא ודאי לדידהו בין אם נדון לנ"ד כמתנת ש"מ בין אם נידון נ"ד כמ"ב לא קנו היורשים אותם שטרות אלא אפילו לסברת הפוסקים על סברא זו והיא דעת מרן שסתם דבריו בש"ע והוא עפ"י מ"ש בב"י שם סל"ה על דברי מרדכי והגמ"י שאין כן דעת הפו' שסתמו דבריהם ולא חילקו בין הלואה דישר' בין הלואה דגוי ע"ש והגן בחריה גרידן דגם שמלאנו למהרי"ו ז"ל בסי' קס"ב ומהרש"ך בח"ב סי' קס"ו דסברי הכין דבשט"ח אין נקנין בכו"מ יע"ש וממילא דאין נקנין במתנת ש"מ דכל קנינו משום דכבתובין וכמסורין דמו ואי כו"מ לא מהניא בהו כ"ש משכ"מ מ"מ אנו אין לנו אלא דברי מרן ובזאת פשי' ליה להרב אשכנזי בתשו' סי' ל"ו ומהרימ"ט בתשו' חו"מ סי' נ"ה יע"ש מ"מ לא הונח לנו מתנת דנ"ד דהוי במעכשיו דגם מרן יודה בה משום דהויא כמ"ב וצריך לכתוב קני אינהו וכל שעבודייהו כמ"ש בסי' רמ"ח ועוד שנה ושילש שבסי' ס"ו ס"ג כתב הנותן נכסיו לאחר במ"ב מטלטלי אגב מקרקעי בקנין והיו לו שטרות אע"ג דשטרי בכלל נכסי אינון לא קנאם כיון שלא כתב לו קנה אותו וכל שעבודא דאית ביה ע"כ והם הם דברי הרשב"א בתשו' סי' תתקי"ד וכן הסכים מהרא"ח בח"א סי' ע"ז יע"ש גם שם בסעיף יו"ד כתב וז"ל המקנה לחבירו קרקע ב"ש והקנה לו ע"ג שט"ח ש"ז קנה השטר בכל מקום שהוא בלא כתיבה ובלא מסירה והוא שיאמר לו ע"פ קנה לך הוא וכל שעבודיה ע"כ

והגם שדבריו סותרין זה את זה דבסי' רמ"ח ובסי' ס"ו ס"ג נראה דסבר דבעי כו"מ ובסעיף יו"ד נראה דסגי באמירה ולא בעי כתיבה כבר בהש"ך סי' רמ"ח סקי"ז וז"ל בלו' כיון דלא כתב ליה ולא אמר ליה דבאמירה לחוד סגי באג"ק וכדלעיל סי' ס"ו סעיף יו"ד ע"ש ואיך שיהיה לא סגי בלא"ה דבעינן לכל הפחות שיאמר קנה אינהו וכל שעבודייהו ועין רואה דאפילו במש"מ דעת הרשב"א בתשו' סי' תתקי"ח דבעי' שיאמר קנה וכו' וכתב מהרא"ש בתשו' סי' קס"ה שכ"ן דעת הר"ן גם המבי"ט בח"ב סי' י"ח כתב דהוי כמ"ב וכבר גמר אומר מרן ז"ל דבעינן שיאמ' קנה לך וכו' והנה אף שדבריו של הרשב"א בתשו' הנז' ס"ל לחלק בין אם הקנה כל נכסיו והיה עמהם שטרות להקנה שט"ח אג"ק דבמקנה שט"ח בעינן שיאמר קני

וכו'. אבל במקנה כל נכסיו ובכללם שטרות אפי' אמירה לא בעי כמו שיע"ש ולדידיה בנ"ד דכתב כל נכסיו ובכללם שטרות אפילו אמירה לא בעינן מ"מ לא סברא דנ"ד דהרשב"א איירי במשכ"מ ולא אמר מעכשיו משא"כ נ"ד דאית ביה מעכשיו והוי כמ"ב והליכא דכ"ע לכל הפחות בעינן שיאמר קנה לך אינהו וכל שעבודייהו. עוד קושיא קא חזינא בשטר מתנתא דא. אשר לא כתוב כדרך שטרי מתנו' דנהיגי שכותבים אתם הוו עלי ע"ג וקנו וכו'. וכתבו בכל לשון של זכות ויפוי כח וקנו ביד וכו'. גם אסיפא דשטרא אשר לא כתוב כשאר כל השטרות דנהיגי שכותבים ואחריות וחומר וחוזק וכו' באחריו' ובחו"מ כל שטרי וכו' דנהיגי בישראל הכשרים העשויים כהוגן וכתחז"ל דלא כאסמכתא וכו' ונראים הדברים דאלו היו כתובים הדברים הנז' בשטרא דנן היה מועיל לכל ליסני דריעי בהאי שטרא ושופרא דבר כמלא בתשו' הריטב"א שהביא מרן בב"י ח"מ סימן ע"א סכ"ה וז"ל והריטב"א כתב בתשו' דבר התלוי בתנאי כל שלא פי' אינו מחוייב ואינו בכלל בחומר כל שטרי אלא דברים שאין הסופר בקי בדקדוקן ודברים שהם תחת הכלל אבל תנאים וכו'. וכ"כ רבי' האיי בתשו' האי מאן דמקבל עליה למכתב בשטרא בכל ליסנא דזכותא אע"ג דלא ידע ספרא לאתקוני כראוי כיון דכתיב ואחריות שטרא דנן קבלית עלי כחומר כל שטרות דנהיגי בישראל קיים לכל כללי דתקנות עניינא אבל תנאים וכו'. לא מחשבינן ליה עד דמפרשן ע"כ ומזה דן מהרשד"ם ז"ל בתשו' ח"מ סי' כ"ח שכתב עוד טעם ג' וגדול הוא שהרי כתוב בתחי' השטר הוו עלי עדים וכתבו בכל לשון של זכות ויפוי כח וכו' וכתב הריטב"א וכו' ע"ש וכ"כ דוו"ח תשו' של רבינו האיי הנז' וכו' ואם כן אחר שאפשר שיכתב על אופן של זכות שלא יהיה בו גרעון בלל אסמכתא וכו' נלע"ד שזכה שמעון בדינו וכו' ע"ש הרי לפנינו דמועיל האי ליסנא לקיום מאי דלא ידע ספרא למכתב וכן בנ"ד אלו הוה כתיב הכי נאה ויאה לאקנויי שטרא אף ע"ג דלא כתיב קני איהו וכו' וכן ראיתי לשמ"ך בתשו' ח"ב סי' יו"ד שלמד לנ"ד לענין קנית מטבע בחליפין דכיון שהיה יכול הסופר לכתוב לשון חיוב והביא תשו' הרשד"ם ודברי הריטב"א יע"ש והסכים על ידו מהרח"ש ז"ל כמו שיע"ש האמנם הרואה יראה דא"כ לענין דינא דלדעת הש"ך כל שחסר דרכי ההקנאה כגון קניית שטרות דבעו כו"מ אין לשון זה דכתבו בכל לשון של זכות יועיל לעשות הקנאה חדשה דהוי כאלו כתב ומסר יע"ש כדנ"ב ע"ה אך דעת מהרח"ש בהסכמתו שם דעתו לומר דמהני האי ליסנא דכתבו בכל לשון זכות גם לענין השטרות דהכונה שיכתבו לשון המועיל שיזכה בקרקעות והגבן שטרות אינהו וכל שעבודייהו ואע"ג דלא נכתב כן בפי' ט"ס היה אבל מכל מקום אינהו מתחייב בכך וע"ז בטל קנין וראיתי למהרא"ח ז"ל בח"א סי' ע"ז בנ"ד שהיה כתוב בשטר המקנה וז"ל מתנה גמורה וקיימת אגב ד"א קרקע ושיזכה בהם זכיה גמורה והכל כהוגן וכתחז"ל בכל מתנות הנהוגות בישראל וכו' והאריך שם בתשו' וכו' דאם היו שט"ח לא מהניא מידי שלא הקנה בדרך קנין השטרות בכתיבה וכו' דקנין אגב במסירה וכו' וביוצא לזה כתב הרא"ש בתשו'

בתשו' כלל ע"ו סי' כ' וכו' וכן דעת הרשב"א בתשו' וכו' עי"ש הנה נראה דעת הרב הוא שאפי' שכתוב. והכל כהוגן וכתחז"ל וכו' לא מהני במקום כתיב' קנה לך וכו' גם ראיתי בתשו' למהרא"ש גאון בסי' ל"ד שהאריך הרחיב בכ"ד וכתב שם בדס"ז ע"א וז"ל אמנם מטעמא אחרינא היה נראה לכאו' דזכתה האשה במתנה משום שכתוב שם וכתבו בכל לשון של זכות ויפוי כח ומהרשד"ם סי' כ"ח כתב כנ"ל וכו' א"כ גם בכ"ד שכתוב כן נאמר שזכתה במתנה

אמנם נלע"ד דעכ"ז לא קנתה וכו' דלענין השובות היה צריך דבשעת המתנה תמסור השט' וכו' ותכתוב וכו' שתקנה השט' איהו וכל שעבודייהו וכו' כמ"ש הטור סי' ס"ו וכ"ש בכ"ד וכו' ועוד נראה דאף עפ"י שלוה שיכתבו בכל לשון של זכות וכו' דדוקא היכא שאין כותבין הלשון עצמו שאמר הנותן וכו' דתלינן הטעו' בסופר וכו' אבל היכא שהעדים כותבין הל' עצמו שאמר הנותן בכ"ד וכו' אין לנו לדון אלא כפי הלשון שאמר דבאותו הל' הקנה המתנה וכו' וכן י"ל מת' מהרש"ח סי' י"ח וכו' ע"ש שוב בתופשי ראיתי תשובה שלימה להרב פני משה בח"ב סימן י"ד שעל שאלה אחת קמו עמדו שלשת הגבורים הרב כמהר"ר אוסטרושה ז"ל ומהר"ם גאון בהאי תשובה שזכרנו והפ"מ ז"ל הסכים על ידיהם ועי"ש בדכ"ו ע"ב שחקרו הרבנים הנז' אם מועיל מ"ש במתנה כתבו בכל לשון של זכות ועוד כתוב והאחריות וכו' כתחז"ל וכו' להקנאת שטרות וחובות על פה ומעות בעין והביאו תשו' מהרשד"ם סי' רע"ה וש"ט דלכאורה הם סותרים להדיא דסי' כ"ח וכ' מהרד"א דשאני הסי' דסי' כ"ח שלא הי' ריעות' בקנין מצד עצמו רק מטעם אסמכת' אך הנהו דסי' רע"ה וש"ט דהקנין מצד עצמו לא הי' קנין המועיל אז אין כח בהני ליפוי לתקן העניין וה"ד והפ"מ קילסיה ועוד חילק הרב הנז' בין לשון המלוה שאמר כתבו בלשון של זכות ללשון העדים שמעידים אשר נעשה כתחז"ל דבהא"ג הוא שכתב מהרשד"ם סי' רע"ה וש"ט דלא מהני וע"ש ומהרש"ג פליג עלי' בזה דיותר עדיף ל' העדי' כשהם מדברים משם עצמם שנעשה כתחז"ל ממה כשהם מדברים משום הנותן והפ"מ ז"ל הכריע כדעת מהרש"ג עי"ש איך שיהיה בחילוק הא' דעת שלשת הגבורים הוא דבשיש ריעותא בקנין כגון הקנאת שטרות וחובות לא יועילו ולא יצילו לשונות אלו ע"ש

והנה הרבנים הנז' הסכימה דעתם בביטול שטר המתנה מכל וכל אפילו במטלטלין אשר הקנה הנותן בהנ"ק דאע"ג דמטלטלין מצד עצמן עולה עפ"י הדין מ"מ כיון דמצורף עמהם שטרות וחובות שאין הקנאתם עולה כדין גם המט' לא נקנו ע"ש ומטו לה מ"ש המרדכי המקנה מעות ומטלטלין בק"ס דקי"ל אין מטבע נקנה בחליפין כתב המרדכי ג' סברות די"א דמדלא קנה המטבע גם המטלטלין לא נקנו וי"א לספך דמדמקנה המטלטלין גם המטבע נקנה וי"א דמטלטלין נקנין והמטבע אינו נקנה ע"כ וכתבו הרבנים ז"ל דהיורש יוכל לומר קי"ל כס' קמייתא דמדהא ליתא הא נמי ליתא וכן כתבו מהרא"ד"כ סי' קל"ב ומהרש"ח סי' י"ז ומ"ץ ח"ב סי' יו"ד וי"ז ומהר"ש לוי בוטון סי' אך מהר"ש אלשיך סי' פ"ז ומהרי"ו כאשאן והובא במהרי"ט ח"מ סי' כ"ב ומהר"י הלוי סי' ס"ו כתבו דאין לומר קי"ל ע"ש ולכאורה נראה דגם בכ"ד יש לדון כן דהא כבר כתבנו שהשטרות לא נקנו וכן החובות שבעל פה כאשר אבאר בע"ה וא"כ גם המטלטלים והקרקעו' לא נקנו וכמו שכן פסקו ז"ל האמנם כד דייקינן פורתא נראה דכל כי האי לדידן מנן שוה כי לא דנו כן אלא לדידהו תופסי דגל הקי"ל והיורש יכול לומר קי"ל כמ"ד הכי דמדשטרות לא נקנו גם המטלטלין לא נקנו דטעמיה דקי"ל בקני את וחמור דלא קנה כלום ולא פסקי כר"ן אבל לדידן דבתריה דמרן גרירן ומצאנו שפסק בסי' ר"י ס"ב דקנה מחצה כר"ן וגם מור"ם בסי' ר"ג סעיף יו"ד שכת' הב' דעות מ"מ דעתו לפסוק כדעת מרן וכמ"ש הסמ"ע שם גם בסי' רמ"ח סי"ב כ' מרן הכותב לחבירו שנתן לו ד"א קרקע ואגבן כל המטלטלין וכו' וכל מי שמו נכסים לא קנה קרקעות ולא עבדים ולא ש"ת ע"כ נראה ברור דמטלטלי מיהת קני וגם אתי כר"ן דס"ל דקנה מחצה ותוא הוא כ"ד והדברים פשוטים האמנם מקום יש בראש לו' דבכ"ד לא קנה כלום והוא דבכ"ד לא פרט הנותן בדבריו שטרות וחובות אלא ממה שאמר כל נכסי אנו דנים דקנה השטרות דבכלל נכסי נינהו וכל כי האי גוונא גרע מקני את וחמור דקי"ל ביה דקנה מחצה ואמינא לה מהא דאמרינן בפ"ב דקי' גבי פלוגת' דאביי ורבא בקידושין שאין מסורים לביאה דפריך בגמרא הא כבריות מקודשות והא קני את וחמור הוא עי"ש והקשו הראשו' דמאי פריך הא לר"ן דקי"ל כוותיה קנה מחצה וכתב הרא"ש ויש מחלקים דהתם מפיק להו בתרי ואמר את וחמור אבל הכא דבחד לישנא מפיק להו דאמר כלכם מודה ר"ן דלא קנה עי"ש וכן כתב הש"מ בפ"ט מה' אישות בלשון כ' עי"ש וקרוב לזה תי' הריטב"א בחי' ועי"ש למדים אנו מדבריהם דכי הוו בתרי לישני כגון דאמר קנה המטלטלים והשטרות והעבדים וגם דלא חל הקנין על השטרות על שאר המטלטלין חייל אבל אם אמר כל נכסי ואנו רוצים כלול במאמר זה גם השטרות דהוו בכלל נכסי הא דמי ממש לכולכם שכתבו הרא"ש והריטב"א והש"מ דמודה ר"ן דלא קנה כלום וכ"כ דכוותא. אכן עדין יד הדוחה נטויה לדחות דלישנא דמרן ז"ל בסי' רמ"ח יכחיש חילוק זה שהרי שם כל הקרקעות והעבדים בכלל כל נכסיו ואפ"ה קרקעות ועבדים לא קנה והשאר קנה אבל באמת אין זו דחיה כלל דשם פרט בפי' כל המטלטלין זהב וכסף ושאר כלים גדולים וקטנים ובגדי פשתן וכו' ואין לך פירוש גדול מזה ושפיר ודאי דדמו לאת וחמור דקנה מחצה ושוב אנו רוצים לכלול כמ"ש וכל מי שמו הנכסי' וכו' גם הקרקעות משא"כ אם נתן כל נכסיו סתם שזה הדבור כולל מקרקעי ומטלטלי ושטרי אפ"ל דמרן יודה דאם חד מנייהו ל"ק גם השאר ל"ק וכס' הנהו דכוותא דכתיבנא ואיך שיהיה אכן בדידן שכתוב בשטר המתנה ואגב קרקעות נתתי כל המטלטלים וספרים וממון וכו' הרי שפי' מטלטלין בפי' וכמה שאח"ך ממון ונכסים אנו רוצים לכלול השטרות ה"ז דומה לקני את וחמור דקנה מחצה

והדברים

והדברים ברורים · הכל בש"ע דין הוא שלא נקנו כיון דלא כותב קנה הינהו וכו' וכבר כתבנו שאפי' היה כתוב כתבו בכל לשון של זכות וכו' וגם אחריו' וכו' כתקו"ל וכו' לא מהני קנין השטרו' עיין בדברי הרב לחם שלמה כולם ה' ק"ם סי' כ"ב ויעש"כ ·

אך בחפשי ראיתי להמבי"ט ז"ל בח"א סימן קס"ט בנ"ד בלוה' שליוה הר"מ סירה שהמעו' שהיה לו ממושכן של הר"י אבולעפייא שאם יפטר תוך הזמן או אחריו יקנו המעות המשכנתא למהר"י בירב ז"ל ויעשה בהם כרצונו מ"נ אנב דא"ק וכו' מתנות בריא. וכו' וקנינא וכו' וכתב בתשו' דאע"ג דבעי' נמי כתיבה וכו' נ"ל דלא גרע כתיבה שטר זה מקני וכו' שהרי כתוב בשטר זה שאמר בהו' לוואה שהמעות שהיה לו ממושכן וכו' וכמ"ש בשטר שיקנום למוה"ר וכו' הרי יש במשמעות לשון זה שבעבור המעות הוא שנהן ולא השטר לגור עפ"י ללוקיתו וכו' יעש"כ גם כרואה יראה למהרי"ט ז"ל בח"מ סי' ן' וכ"כ שדן הרב ז"ל דאם כתוב בשטר כתבו בכל לשון זכות וכו' וליוה מח"מ וכתוב בה מעכשיו דהוי כמ"כ מ"מ האי ליסנא דאמר כתבו בכל לשון של זכות מוכח דליפוי כח המקבל הוא שווכם בכח שבשניהם במש"מ וכמ"כ יע"ש באורך בדבריו מעט כתב מהר"ס נהלאנטי ז"ל בתשו' כי באה בדרכי נועם סי' כ"ז דרכ"ז ע"כ בד"ה עוד חדשות אני מגיד וכו' והביא תשו' מהרי"ט שבסי' ן' וכתב בסוף דבריו ומלבד זה שכתבנו אפילו שהיא להדיוט הודקני כ"ש בשיותו להקדש יע"ש גם מהר"י הלוי בתשו' סי' ס"ז וע"ט דן בנ"ר מנ"ש בלוה' כתבו בכל לשון של זכות שיועיל להקנאת השטרו' והחובות יעש"כ גם הרב ד"ן בסי' כ"ה כתב ממש כדברי הר"ס נהלאנטי דהיכא דכתוב בנואם שהוא מח"מ. וגם מעכשיו דמורה שמואל דהרככה אחרי ריכשי והביא דברי מהרי"ט בסי' ן' יע"ש בסוף התשובה גם הרב בנס"ג בתשובה סי' קס"ב ומ"ן בח"ה סי' ל"ה דל"ר קני לך וכו' אלא כל שכתב לשון דמשתמע הכי ש"ר כ"ש שכתוב בשטר מתנה דנא כתבו בכל לשון של זכות וכו' ואחריות ותו"ח וכו' כשונן וכקתו"ל וכתב מהרי"ל וכו' המהרע"י בתשו' כ"י כתב דכל שכתוב בן אע"ג דלא כתב קני לך וכו' קנה והסכים עמו מהרח"ש עכ"ל שו"ר לתשו' מהרע"י הנז' שנדפסה בתשו' מהרח"ש בח"כ סי' כ"ה והסכמת מהרח"ש עליה שם יעש"כ גם מדברי מהר"י אדרבי בתשו' סי' שמ"ח נראה כן אע"ג דנראים דבריו שהם סותרים למ"ש בסי' ש"ח ושס"ח יע"ש וכבר עמדו עליהם האחרונים ז"ל הנה נא ערכתי נערכה מול מערכה בדין שטר שכתוב בו כתבו וחתמו בכל לשון של זכות וכו' כאשר אתה רואה והלו היה כתוב בלוואה דנ"ד הרי נכנסו לבית הספק אם היורשים יכולים לאמר קי"ל או מקבלי המתנה שהם מוחזקים הכל מה כעשה כהאי לוואה דלא חלו בה ידים מעשה ידי הזמן דהא האי ליסנא דכתבו בכל לשון של זכות הוא לשון מורה כפי' הכל והוא תקון הגאונים ז"ל וכמ"ש התוס' בפרק מ"ש דקי"ב בד"ה משמ' דכתב בה קנין וכו' ולמאי דקי"ל כשמואל יש ללמוד דאין לכתוב במש"מ קנין ומ"ש הגאון בתיקון שטרות קנו מיניה בכל לשון של זכות נראה שהוא צריך לכתוב שם שום ויפוי כח וכו' ע"ש גם בפ' אעפ"י דנ"ה ע"כ כתבו בד"ה מש"מ וכו' ולמאי דקי"ל כשמואל יש תימא מה שתיקנו הגאונים לכתוב במש"מ ואמר לנו הוו עלי ע"ג וקנו ונתני בכל לשון של זכות ולא כתבו שום יפוי כח וי"ל דכל לשון של זכות חשוב יפוי כח וכו' יע"ש הרי שהוא תקין הגאונים לכתוב בכל לשון של זכות ובאמת דלענין קנין ביפוי כח דלא נימא דלא גמר להקנות אלא בקנין ואין קנין לאחר מיקה לא חשרים מידי לסאי סטרא שהרי כתוב בתחילת לוואתו וכך אני גוזר שיהיה ומוסף ע"ז ליותר יפוי כח קנו מידי וכו' והנה תקן בזה הך חששא דשמא לא גמר וכו' שהרי לא היה אלא ליפוי כח אבל לעשות בו הקנאה חדשה לשטרות דבעו בו"מ ולחובות ע"פ דבעו מ"ש זו לא שמענו דהאי יפוי כח אינו מוסב כי אם על הקנין סודר דבעו להקנוי מוסף על המתנה דלא לימא דעיקר הקנאתו היה בקנין דוקא ואין קנין לא"מ אבל לגבות קנין שטרות וחובו' לא מהני ודוקא אם כתיב כתבו בכל לשון של זכות וכו' היה מהני לס' הנהו רבוותא דסברי הכי מה שאין כן הכא אשר לא כתוב ולא עוד כדבעו להו למעבד לכתוב וקנינא מניה מוסף על מתנתא דא לא עברי ומקום יש בראש לומר דהא כמי פתחת היא כאשר אכתוב לקמן בע"ה גם אי הוה כתיב ותומר ותוזק וכו' כתו"ח וכו' כשונן וכתקו"ל הוה מלינן למימר דעבוד כהונן ולא נתבאר יפה

ומלבד הדברים אלו הם פשוטים לא נתנו לבי לכותבם ומגרעות נתנו מליסנא דשאר שטרי עוד זאת דמדברי הריטב"א שכתבתי למעלה נראה ברור אלא שלא בכלל בתומר אלא הדקדוקים שאין הסופר בקי בהן הכל לא תנאים וכו', והנהו הקנאות כגון דשטרות וחובות אין נכללים בתומר דדמו לתנאים וכיוצא בזה ראיתי להרב מעשה חייא בתשובה סי' ט' בנ"ד על התנאים שעשו בינים בעל והשתו ונכתבו בשטר הכתובה וכתב דלא מהנו משום דאין אדם מקנה דבשב"ל וכתב אחר כך שמא תאמר הרי כתוב בכתובה תומר כתומר וכו וכתו"ל וא"כ נימא דאף שיש ריעותא הרי הטביעו התומר שהוא וכמ"ש הרא"ש הביאו הטור סי' רע"ב תשובתך דמאי דכתב הרא"ש דמהני אין הפירוש דאעפ"י שלא נעשה הדבר כפועל כתו"ל עש"כ ופשיטא דה"ה בנונא דכרון דידן דאין התומר הכתוב בשטר עושה את שאינו ישנו כי אם לא כתב או לא אמר קנה הינהו וכו' כמלא תומרו כאלו כתב דהא ודאי ליתא. וכן ראיתי להרב משאת משה בח"מ סי' ה' בנ"ד דרמי ממש לנ"ד דחסר הקנאת שטרות וכתב דהני ליסני דכתבו בכל לשון של זכות ותומר וכו' לא מועילו ולא יפילו והביא תשו' הרב מ"ז הנז' ותמה על מהר"י הלוי בסי' ס"ו דלמד מתשו' מהרשד"ס סי' כ"ח דמהני האי ליסנא דכתבו בכל לשון של זכות עיש"כ ואני תמיה עליו דלא דהם מערכה מול מערכה דפליגי אי מהני האי ליסנא דכתבו וכו' דלדעת מהרח"ש ומהרש"ח בסי' ל"ר ומהרי"ט ומהרנ"ג והד"ן ומהר"עי והכה"נ בתשוב' מהני ולדעת מהרשד"ס בסי' ס"ט ורע"ה ומהרקנ"ח

והמ"ז

והמ"ז והפ"מ והרש"ג ומהרד"א לא מהני · עוד ראיתי לו שתמה על הרב מ"ח שכתב אשר אין דרך לחז"ל להקנות מתנה כזו מטעם שנז"ל דהוי דשלב"ל וכו' והמה עליו המ"מ דהיכי פסיקא ליה מילתא למימר דשלב"ל אין בו קנין כשום צד והלא הסכמת הפוס' דכמתחייב נגמר הדבר והניח בצ"ע ולא ידעתי למה לא תמה על הרמב"ן ז"ל שכתב כן בתשו' סי' ק"ז והביאו הרב בתשו' סי' י"א שכתב תחילת דבר יש לך לדעת שנכסים שעתיד להקנות אין יכול ליתן במתנה בשום צד שאין אדם מקנה דשלב"ל וכו' עי"ש ולעיקר קושיא ככר הרב עצמו נרגש מזה בתחילת תשו' וז"ל ואע"ג דכתבו לתו' וגם תלמי' הרשב"א דאע"ג דא"א מקנה דשלב"ל אדם משעבד דשלב"ל דכיון דבות משוע' וכו' כנ"ד לא שייכא ולא שייכא שעבודא דהמקנה הזו לא היתה ע"ר פלוני כי אם על הנמלא אחרי מות א' מהם ואם לא ומלא דבר אין כאן חיוב עכ"ל וכונתו כרורה כי אפילו כמתחייב ומשעבד כדשלב"ל היינו כאומר כל נכסים אלו אני נותן הם ופירותיהם וכו' ומשעבד עצמו לפירות כל מה שיוליא אבל אם אין נכסים בעולם אין צד להקנות בלשון מתנה ואפי' כתב לו שיעבוד כמ"ש מרן סי' ס' והרואה ירא' שהרמב"ן עצמו הכי' כעה"ק בסמ"ג ס"ל דאם קיבל עליו אחריו' חייב להעמידה בידו יעו"ש ובש"ך סי' ס' ס"ק כ"א עי"ש הוא עצמו כתב בתשו' שאין יכול ליתן נכסים שעתיד לקנות בשום צד וכמ"ש ולא עוד אלא אפילו בלשון חיוב לא חל החיוב כי אם עליו בשהוא חי לא כן אם מת דנראה דאין יורשיו חייבים לקיים את החיוב אשר נתחייב וכדין מי שנשבע לקיים של' הריב"ש בתשו' סי' דאין יורשיו חייבים לקיים שבו' וכ"כ הרב בני יעקב דל"א ועש"כ ואיך שיבי' דעת הני רבוותא הרב מ"ח והמ"מ כדעת הנהו רבוות' דסברי דהאי לישני דשטרי דכתבו בכל לשון ש"ז וכו' וחומר וכו' לא מהנו לעשות את שאינו ישנו וכ"ש בנ"ד דליתנהו כלל והארכתי בזה הגם דלכאו' נרא' שאין בו לורך לנ"ד יען אשר לא כתוב מ"מ היה נראה לומר כיון שנהגו כל הסופרים לכתוב בכל שטרות שבעולם ואחריות ותו"ח וכו' א"כ אפילו שלא נכתב כמי שנכתב דמי וכמ"ש מרן בסי' ס"א ס"ה וז"ל כל דבר שנהגו במדינה לכתוב הן כאמנ' וכו' שאר שופרי דשטרי שנהגו הסופרים לכתוב כל מי שמקנה בסודר לכתוב שטר דעתו שיכתבוהו במנהג המדינה ואין לריך לפרש וכו' ואם כן הו"ל כאלו כתוב ובאמת האי לישנא דכתבו בכל לשון של זכות אינו מנהג פשוט לכתוב כן בכל השטרות ודמי לנאמנות שכתב מרן סי' ע"א סי"ד דאין סומכין על בנאמנות כיון שאין מנהג פשוט לכתוב כן בכל השטרות עי"ש ואפילו את"ל דנהגו לכתוב כן בכל השטרות מש"כ האמת הוא נופא גזירה אפילו אם היו כתובים והוי פלוגתא דרבוותא וכ"ש שאינם כתובים והנך רואה דכל הנהו רבוותא דס"ל דמהני עיקר דבריהם אלא כמאי דכתיב בנ"ד כתבו בכל לשון של זכות אבל כמאי דכתיב וחומר וכו' קלת מהם כתבו כן ואם איתא דמאי לא הזכירו הך טעמא משום שהאי לישנא דנהגו לכתוב כן בכל השטרות וכמו שנכתב דמי עד שאני תמיה קלת על הרב מ"מ שם בתשו' הנז' דכ"ג ע"ב וז"ל וכ"ש

בנ"ד ליכא וקנינא וכו' וחומר וכו' כי אם כלפרי המלוה אשר בדבריו הוא ליוה שתהא כתוב מתנתו כיפוי כח וכו' עי"ש וקימה כי מה לנו אשר לא נכתב אחרי שככר נהגו לכתוב כן בכל השטרות הרי כמי שנכתב דמי וצריכים אנו לומר דבזמנו של הרב ז"ל לא היה המנהג פשוט לכתו' כן בכל השט' ומש"ה כתב כן מה שא"כ בזמנינו זה · דאנו רואים שכותבים כן ומ"מ נראה דלא יועילו לעשו' הקנאה חדשה אשר לא כתוב · שוב ראיתי תשו' שלימה להרב כאמן שמואל והיא ל"ו נדפסה בתשו' מהרח"ש בח"ב סי' י"ו שכתב בנ"ד דכיון שכתוב בשטר המתנה כתבו בכל לשון של זכות ויפוי כח וכו' היה יכול הסופר לכתוב איך נתחייב הנותן לאשתו נוסף על הקרקע והמטלטלין סך כך וכך כנגד השטרות והחובו' ומטבע הנמלא בעין ונמלא שהטעות בא מהסופר וכו' עיש"כ עוד כתב גם מה שטוען היורש שקודם כטל הקנין והא"כ נכתב השטר דכתוב בו בכל לשון של זכות וכו' גם בזה י"ל דהמתנה קיימת דהרי כתב הטור בסי' ס"א כל מי שמקנה בקנין סודר לכתו' שטר דעתו שיכתבו במנהג המדינה וכו' ומנהג המדינה בעיר הזאת לכתוב בכל השטרות : וכתבו בכל לשון של זכות וחוזק וכו' עי"ש . ושוב פלפל בדבר זה וכתב דאם הנותן היה בקי בנוסח שטרות אם כן כשקנו מידו ע"ד שיכתבו בכל לשון של זכות ויפוי כח קנו מידו ושמו כפירושו ועש"כ וע"ש שהסכים על ידו מהרש"ח ז"ל ומ"מ אנן בדידן דידעי' ביה בנותן שלא היה בקי כלל בנוסח שטרות גם לא ברירא לן שנהגו לכתוב כן בכל נוסח שטרו' כי אם רוקא האחריות ותו"ח וכו' והסופר בנ"ד לא עלה על לבו לכתוב לא זה ולא אותו קשה הדבר בעיני לומר דזכה המקבל המתנה ולהוליא מחזקת היורשים בכ"ל שהאמנם אחד כל זאת ראה ראיתי דגום' מתנתא דא דנ"ד שכתוב בה שהוא מלוה מ"מ וכתוב בה מעכשיו מ"ג אי דינא כמתנת בריא או כמש"מ הלוה בפלוגתא דרבוותא גדולי האחרונים ז"ל ושורש הדבר תלוי בענין פלוגתא דרב ושמואל בפרק מ"ש דקנ"ג ע"א על ההיא מתנתא דכתיב בה בחיים ובמות דרב אמר הרי היא כמתנת ש"מ והאי דכתיב בחיים סימנא דקיי' בעלמא ושמואל אמר ה"ה כמתנת בריא ומסקנא דש"ס דהלכתא כרב אפילו היכא דכתיב מחיים ובמות והרי היא כמתנת ש"מ יע"ש ומהריב"ל ז"ל בח"א סי' ס"א דנ"ד שכתוב ליוותה מח"מ וכתוב בה מעת' ומעכשיו והוא בנ"ד ממש כתב דהוי דינא כמשכ"מ ודמיא למתנה שכתוב בה מחיים ובמות והוכח לריכה קנין וכן הסכימו כל הפוסקים זולתי הרמב"ם וכו' והאי לוואה העפ"י שדבריה סותרים זה את זה ובולים אנו לתקן שמה שכתוב מעכשיו היינו כדי שלא תחזור בה לעשות לוואה אחרת ויש לנו לפרש דברי השטר כשהם סותרים זה את זה אפילו · כמשמעות רשוק וכמ"ש מהר"מ בתשו' עכ"ד והנה נדון דידן היא גופיה נדון מהריב"ל ממש ולפי דבריו יש לדון בו שדינה כמתנת ש"מ אך דאינו שכנגדו חלוק עליו הוא מהרשד"ם ז"ל בתשו' ח"מ סי' רס"ה וסי"ו ושלי' דשם בנ"ד דהאמר הש"מ שהוא מלוה מח"מ ואחר כך אמר שהוא נותן מעכשיו וכתב הרב דדינא כמתנת בריא ובעיא קנין וכיון דלית בה קנין בטלה הוא יע"ש

יע"ש אכרא לתשו' הריטב"א שהביא מרן בב"י סי' ר"ן נראה שהיא מנגדת לדברי מהריב"ל הנז' שכ' ז"ל מתוך לשון הלוואה אני דן שהוא כמתנ' מהיום ולאחר מיתה שהרי קנו ממנו בקנין גמור מעכשיו וכו' ואעפ"י שכתוב בתחילתו שלוה מת"מ וכו' אין השט' שהוא מוציא מידי עכשיו הכתוב בסופו ואנו מצרפים שניהם והם מתנה מהיום ולאחר מיתה והינו דומה למתנת ש"מ שכתוב בה קנין וכו' מפני שלא כתב בה מהיום או מעכשיו וכו' הא כל שפי' מעכשיו מתנתו קיימת מעכשיו וזה פשוט עכ"ל הרי שדעת הריטב"א דאם כתוב במתנה מעכשיו דין מתנת בריא יש לה דלא כמהריב"ל וכבר מהרשד"ם בסימן ש"ו הביא ראיה לסברתו מדברי הריטב"א הללו יע"ש וראיתי למהרא"ש ז"ל בתשובה סימן מ"ב ולמהר"ש ברודו בתשובה בפ"מ ח"א ס"ס פ"ב שעמדו בזה אכן המעיין שם במהרא"ש ובתשובת פני משה סימן פ"ג יראה שישבו דברי מהריב"ל דשאני נדון דידיה דהריטב"א דהיה שם קנין וגם מעכשיו אז מפרשינן ליה דבמתנת בריא קאמר והוי כמתנה מהיום ולאחר מיתה מה שאין כן בנ"ד דמהריב"ל דליכא קנין כי אם מעכשיו דיינינן ליה כמתנת שכיב מרע יע"ש ·

עוד ראיתי שהקשו שם אדברי מהריב"ל ממה שכתבו הנימוק"י ורי"ו דהיכא דכתיב במשכ"מ מהיום דצריך קנין וגם מהרשד"ם הביא מזה ראיה לדבריו ותירץ הפני משה שם דשאני נדון דידיה דמהריב"ל דהזכיר בפירוש שהוא מלוה מחמת מיתה עי"ש דר"ט ע"א האמנם כל לגבי דידן אנן קא חזינן להרמ"ה ז"ל בחידושי . בתרא שדבריו מבוארים הפך דברי מהריב"ל כאשר יראה הרואה שם שכתב דעיקר פלוגתייהו דרב ושמואל היא בהם עמד אם חוזר אם לאו ולרב דקי"ל כוותיה הרי היא כמש"מ ואם עמד חוזר. וליכא למימר דפליגי אי בעי קנין אם לאו ולרב ה"ה כמשכ"מ וקנה אפילו בלא קנין ולשמואל ה"ה כמתנת בריא ולא קנה אלא בקנין והשיא עובדא איירי בלא קנין ועלה קא מפלגי דאם איתא היא לו לרבא לנוימ' ואם כתב מחיים לא קנה שהרי בלא קנין מיירי ואם כתב מחיים הרי היא מתנת בריא ממש ולא קנה אלא ודאי דעובדא דידהו מיירי בקנין ולדידהו ס"ל דחיים לסימנא בעלמא נקטיה והיא מתנת שכיב מרע דוקא ואם עמד חוזר ולשמואל הו"ל כמעתה ועד עולם והיא מתנת בריא ואם עמד אינו חוזר ולכלהו אם אמר מחיים דוקא ולא הזכיר במות או שאמר מהיום ומעכשיו שאין לשון זה סימנא דחיי אף שהזכיר במות כלהו מודו דהוי מתנת בריא לכל דבריה ואם עמד אינו חוזר מיהו זהו דוקא בשהזכיר מיתה שאנו דנין מתוך דבריו דהוי מלוה מחמת מיתה מאומדן דעת ולהכי כיון דכתיב מהיום ומעכשיו אתי האי דיבור לבטל האומדנא שאנו דנין מדבריו שהוא מלוה מחמת מיתה אבל כשאומר בפירוש שהוא מלוה מחמת מיתה אז ודאי דאם עמד חוזר אפילו היכא דכתב מהיום ומעכשיו דדמי להיכא · דזכין נכסי אדעתא למיפק לא"י או שמע שמת בנו וכו' זהו תמצית דברי הרמ"ה בקיצור יעו"ע ומעתה כמה הלכתא גברוותא איכא למינמר מיניה חדא דפשיטא ליה דבלא קנין לא מהני מידי אפילו לרב כיון שכתוב בו מהיום ואפילו במלוה בפירוש מחמת מיתה ושינויין לא מיירי אלא בקנין וכמו שפירש רשב"ם וכן הוא בטור סימן רנ"א ב' דלא איפליגו אלא היכא דאמר בחיים ובמות דהיכא חיים הוי סימנא בעלמא אבל אם אמר מהיום או מעכשיו אף על גב דאמר עמהם ובמות וכ"ש אי אמר מהיום דוקא הוי במתנת בריא ממש ג' דיש לחלק בין שזכרת מיתה למלוה מחמת מיתה בפירוש דבהזכרת מיתה הגם דאומדנא הוא דהוי מלוה מחמת מיתה מ"מ כיון דקאמר מהיום או מעכשיו מהני ואם עמד אינו חוזר אבל היכא דפירש בפירוש שהוא מלוה מחמת מיתה הוי בתנאה על מנת שימות מאותו החולי ואם מת קנה ואם עמד חוזר ולמדין אנו מדבריו דהיכא דכתב מהיום הרי היא במתנת בריא לכל דיניה אלא שאם עמד חוזר משום דהוי בתנאי · ונראה דזוהי שיטת מרן ז"ל שבתבנו דבריו שכתב בסי' ר"ן וכן אם כתב כל נכסיו ומפרש שנותן הכל מעכשיו ומקנה לו מחיים הרי היא כשאר מתנת בריא שאם הגיע השטר ליד המקבל או שקנו מיד הנותן · קנה הכל עכ"ל נקטינן · מהאמור דנדון · דידן דאית בהו מעכשיו הגם דלוה · מחמת מיתה מ"מ אית לן דין מתנת בריא לכל דבריה לבד דאם עמד היה חוזר דהוי בתנאה ובזכין · נכסי אדעתא למיפק לא"י ואם כן לענין קנית שטרות וחובות על פה דחשבי' אקניתיהו לא קנו ולא אמרינן בהו דברי שכיב מרע בכתובין ובמסורין דמו והגם שפירש שמלוה בפי' ז"ל אעפ"י שדבריו בכתובין ובמסורין דמו ליותר יפוי כח וחיזוק קנו וכו' לית לן בה כיון דקאמר בתר הכי נתן במ"ג מעכשיו והרי זה דומ' למתנה תנאי דאית ביה אסמכתא והומר דלא כאסמכתא דלא מהני וה"כ דכוותיה שאומר דדבריו בכתובין ובמסורין דהוי מתנת ש"מ ומקנה מעכשיו דהוי מתנת בריא ולא מהני ·

שוב השכחנה לה פתרי · מדוכתא אחרינא והוא מדאמרי' התם בפ' מ"ס דף קנ"א ע"א אמיה דרב עמרם חסידא הוה לה מלוגא דשטרי כי קא שכבת אמרה ליהוי לעמרם ברי אתו אחוה קמי דר"ן אמרו ליה והא לא משך א"ל דברי ש"מ בכתובין ובמסורין דמו ע"כ ופירש רשב"ם כגון שקנו מידה א"נ בלא קנו וכגון דלא שיירה מידי עכ"ל והנה מדברי רשב"ם בתירוץ הא' נראה דאיירי אפילו בשיור אם קנו מידה מהני ומקרי מתנת ש"מ ואמרינן בה דברי ש"מ בכתובין ובמסורין דמו ולכאורה הדבר קשה דמשכ"מ במקצת בקנין דין מתנת בריא יש לה וכ"כ מרן סי' ר"ן ס"ד וז"ל אבל אם שייר כלום דינו במתנת בריא שאינה נקנית אלא בקנין והוא מסקנא דגמרא שם וכ"כ רשב"ם עצמו לקמן ריש דקנ"ב בד"ה מתנת ש"מ שכתב בה קנין וכו' בכותב כל נכסיו פלוני וכו' דאי במש"מ שכתב בה קנין פליגי בהדיא הו"ל למימר וכו' ועוד הא פסיקנא לעיל דבמתנת ש"מ במקצת בעיא קנין והרי היא מעתה במתנת בריא לגמרי וכו' ע"כ ואם כן היך כתב הכא דאיירי בשיירה וקנו מידה והרי קאמר עלה דברי ש"מ בכתובין ובמסורין וראיתי להבי"ע דכ"ז ע"ב שעמד בזה והניח בצ"ע ועיין להרב אדמת קדש ח"ב ח"מ סימן א'

ואפילו

ואפילו נימא דמ"ש רשב"ם כגון שקנו מידה היינו למיפה את כחו נראה דלא מהני ולא מידי וכן מוכח מדברי מרן סי' רנ"ג סי"ח אבל היכא דלא אקני ליה אלא חד מנה בסתם הוי מתנת שכ"מ במקצת דל"ק אלא בקנין ובמיפה כחו וכו' והגם דאיכא למדחי דהתם איירי שפי' בפירו' שיהא כמתנת ש"מ שאז לא קני אלא במיפה כחו וכמ"ש הש"ך שם ס"ק כ"ד עי"ש מ"מ נראה דקנין במתנה במקצת בקנין אפילו ביפוי כח לא מעלה ולא מוריד והוי כמ"כ לכל דבריה דהא יפוי כח לא מהני אלא בשקונה בהמירה בעלמא והתה הוי קנין מוסף על המתנה אבל בשעיקרו מן הדין בעי קנין מה יתן ומה יוסיף היפוי כח .

ובחפשי ראיתי למהרש"א בח"ה שכתב על דברי רשב"ם ז"ל לבאורה דקנו מידה היינו אפילו בשיור ואם כן מאי קאמר טעמא משום דדברי ש"מ כו"כ דמו הא בקנו מידו ושייר הוי במתנת בריא לגמרי כדלקמן וי"ל דהא שכ' וכגון דלא שיירה קאי במי אקנו מידה דאז הוי כמי כמתנת ש"מ ועוד י"ל כעי"א עכ"ל ולדידי דבריו רחוקים בישוב זה ולע"ד יש לומר דלדעת רשב"ם איירי הכא שפירש בפירוש שהוא נותן במתנת ש"מ או במלוה מחמת מיתה דתרווייהו חד דינא אית להו דלא בעו קנין ואי קנו מיניה ביפוי כח מהני וכמו שכתב סי' ר"ן סעיף ט' ואפילו במקצת עי"ש ומ"ש רשב"ם דקנו מידה היינו ביפוי כח וכדלקמן וגם לתי' המהרש"א ז"ל מוכרח לומר כן דקנין בלא יפוי כח מגרע קא גרע .

וישוב ראיתי למהר"ס ן' חביב בתשובה כ"ו שהוכיח מדברי רשב"ם מכמה דוכתי דבמלוה מחמת מיתה לא בעי יפוי כח ע"ש והוא מבואר ככ"ל אכן ראיתי להרב כה"ג בתשו' סימן קפ"ו דרכ"נ ע"כ שהביא דברי רשב"ם הנז' ותמה עליהם כמ"ש וכתב וצ"ל כהכרח דס"ל לרשב"ם ז"ל דאע"ג דמש"מ במקצת דין מתנת בריא יש לה ה"ד לענין שצריכה קנין ואינו יכול לחזור בו אבל לענין כו"מ או מע"ש אין דינה כמתנת בריא אלא כמש"מ וכו' עי"ש ולפי דבריו אנו למדים דבכ"ד הגם דאיכא מעכשיו דהוי כמ"כ מ"מ לענין קנין שט"ח או מלוה ע"פ הוי כמש"מ ולא בעי כו"מ ולא ע"ש וכ"ש שהוא ז"ל דקדק כן מלשון הטור והעתיקו מרן ז"ל סי' ר"ן ס"ד שכתב אבל אם שייר כלום דינו כמ"כ שאינם נקנית אלא בקנין ע"כ וכתב דמדהאריך לומר שאינה נקנית אלא בקנין ולא כתב סתם דינו כמ"כ ש"מ דרוקא לענין קנין דינו כמ"כ אבל לשאר דברים כגון לקנין שטר חוב ומע"פ דינו כמשכ"מ שאמרם כל לגבי דידי הני תמיה איך הוליד דין חדש מכח קושיא שהרי יש ליישב דברי רשב"ם כאו"א או כמ"ש מהרש"א או כמ"ש וכ"ש שכתבנו לעיל לשון רשב"ם דלקמן שכתב בפירוש דמתנת ש"מ במקצת בעיא קנין והרי היא מעתה כמ"כ לגמרי ע"כ הרי שדעתו ז"ל דהיא כמתנת בריא לכל דיניה ומה שדקדק מלשון הטור אינו מוכרח כלל ·

ועוד כי הרואה יראה בתשו' מהרי"ט ז"ל בח"מ סי' דכ"ד במשכ"מ דאית בה מהיום ואית בה קנין הביא דברי הריטב"א ודברי הרמב"ן בתי'

ובסכים דדין מ"כ אית לה וכתב ולפי זה יש לדון דכיון דמ"כ הוא לא יקנה בדברים שאינן בעין כגון במוכות שא"א להקנותם בקנין אם לא במ"ש ומלוה בשטר בכו"מ אבל בענין אחר לא מקניא עכ"ל ותימה איך שכח דברי רבו ועוד דהרואה יראה שהרב בה"ג עצמו בסוף תשו' זו ספוקי מספקא ליה שכתב בררכ"ד ע"א וז"ל אבל כיון דאין הדבר ברור ואפשר דמתנה במקצת בקנין כמתנת בריא חשבינן לה לכל מילי ואפילו לענין דברי שכ"מ בכתובים וכמסורים דמו מספקא לא מפקינן ממונא מיורשים דשמא לכל מילי כאמר דדין מתנת בריא יש לה עכ"ל ועוד נראה לי דגם הרב עצמו לא נסתפק אלא במתנת ש"מ במקצת דאית בה קנין ובהאי כתב הרב דיש להוכיח מדברי רשב"ם דעכ"ז דיינינן בה כמתנת ש"מ לענין קנין חובות ושטרו' אבל במתנה דכתיב בה מהיום ואית בה קנין גם הרב יודה דהויא מ"כ לכל דבריה ובעינן קנין המועיל לחובות ושטרות ולהכי לא הביא הכה"ג דברי רבו מהרי"ט דשאני כ"ר דכתיב בה מהיום ולכ"ע דין מ"כ אית לה לכל דבריה ככ"ל ומצאתי להרמ"ז ז"ל בתי' בהאי עובדא דאמיה דרב עמרם חסידא שכתב וז"ל והאי עובדא נמי מחמת מיתה הוא דיקא כמי דקאמרינן כי קא שכבה דמשמע בשעת מיתה אבל מתנת ש"מ במקצת היכא דלא מוכחא מלתא דמלוה מחמת מיתה הוא כמ"כ דמיא לכל מילי ואי מקנה שטרא לא מלי מקני ליה אלא בכ"ומ והוא דכתב ליה קני לך איהו וכל שיעבודיה והיינו דאמרינן לעיל כמי אמר נכסי לפלניא שיטרא אקרי נכסי בש"מ קאי וכיון דאקני ליה כל נכסיו סתמיה מלוה מחמת מיתה הוא ואמטול הכי מלי לאקנויי באמירה בעלמא ואע"ג דלא אמר ליה קני לך וכו' ואפילו היכא דלא אמר לישנא דמשמע מיניה דאקני ליה כמי גופיה דממונא דכתיב בשטרא כל היכא דאתיים כדברירנא לעיל וכ"ש התם דכיון דאמר נכסי לפלניא ממילא אקני ליה גופא דהלואה בשטרא כל היכא דאיתא דקי"ל דאי אקרי נכסי ואי משום דליתנהו ברשותה הא קיימא לן ש"מ שאמר הלואתי לפ' הלואתו לפ' וכו' וממילא שמעת דאפילו בש"מ כמי דוקא בכותב כל נכסיו א"כ במלוה מחמת מיתה וביוצא בו אבל במתנת ש"מ במקצת לא דבמתנת בריא דמיא עכ"ל הנה למדנו מדברי הרמ"ה ז"ל כמה דברים חדא דבמתנות ש"מ במקצת דבעיא קנין דינא כמ"כ לכל מילי ובעי הקנאה דשטרות שיאמר לו קנה לך וכו' דלא כמ"ש הכה"ג בתשו' הנז' גם למדנו דהיכא דהוי מלוה מחמת מיתה וביוצא לא בעי הקנאה לשטרות וה"ה בש"מ הנותן כל נכסיו דסתמי' מלוה מחמת מיתה הוא ולא בעי הקנאה וכ"ש היכא דאמר נכסי לפלניא דגופא דהלואה אקני ליה והו"ל כדין ש"מ שאמר הלואתי לפ' דקנה ולכאורה יראה דבכ"ר כולהו איתנהו שהוא בפירוש מלוה מחמת מיתה וגם נותן כל נכסיו דגופא דהלואה הקנה וכזה ניללנו דלא לבעי הקנאה לחובו' ושטרות אכן על כל זה אמינא דאכתי בנ"ר חסורי מחסרא קניית חובות ושטרות ולא קנו מקבלי המתנה והוא כמ"ש דלא כ"כ הרמ"ה ז"ל אלא בענין מתנת ש"מ במקצת דבעיא קנין דהויא כמ"כ לכל דבריה

הלכך

הילכך בעיא הקנאת שטרות וחובות משא"כ מלוה מחמת מיתה או מתנת ש"מ בכל נכסיו אבל היכא דמקני מסיום או מעכשיו דחזר דינה להיות כמ"ש אפילו במלוה מחמת מיתה וכיולא ואפילו באומר כל נכסיו דינה כמתנת בריא לכל מילי ובעי הקנאה לחובות ושטרות וכלהו הכי לא מהני וכמו שנראה מפורש מדברי הרמ"ה גופיה שכתבנו לעיל דכשיום אפילו שלוה מחמת מיתה הוא הדין כמתנת בריא לכל דבריה והו לא מידי ·

ומעתה אתאן לספק הב' שכתבנו דד' הלוא'ה הנו' סותרים זה את זה דתחילה הקנה לשני בניו דוקא ושתמו כפי' מחלה לזה ומחלה לזה ושוב כתב"ד הקנה הכל לאשתו ולבניו ולבנותיו אי הוי זה כדין ש"מ שחזר במקצת דדינו כחוזר בכל או לא והנה אם באנו לדקדק היטב בדברי הלואה כהוגן הנה נראה דכאו במעורבבים ערב רב דתחי' ורא"ש נתן לשני בניו החצירות והבתים והמבואן וכל מולק שיש לו בהר"ן יע"א והנכן נתן המטלטלין וכו' שיש לו בהם ובביתו שבדמשק ואחר כך וגם מעכשיו כל מה שיש לו ממון ובגדים ואמר ונכסים שיש תחת יד אשתי אמם הנו' מכל מידי דמתקרי נכסי אני זכיתים בו שתזכה בו מעכשיו לה ולבניה ולבנותיה וכו' והנה דברים הללו אפשר לנו להשוותם יחד דמה שהקנה תחיל' לשני בניו דוקא הוא בנכסים שהם בתוך החצירות והבתים והמבואן שאינם תחת יד אשתו ושוב מה שאמר וגם מעכשיו וכו' שיש תחת יד אשתי אמם הנו' וכו' אני זכיתיה בו אין זה סותר הקודם דמה שזוכה לה עם בניו הוא דוקא בנכסים אשר תחת ידה ולא יותר אך במה שכתוב אח"ך וגם מה שיש באוצ'ה ובשאר מדינות כל אלו הנכסים לה ולבניה ולבנותיה דוקא אף ודאי שזה סותר הקודם דהא הלו שהם באוצ'ה אינם תחת יד אשתו וכ"ש מה שיש בשאר מדינות ואף שאם באנו לרחוק ולפרש דמה שזוכה תחילה לשני בניו דוקא ומה שהזכיר אח"ך שאוצ'ה שיש לו בדמשק שאין זה מה שהזכיר קודם המבואן שהוא מה שיש לו בהר"ן יע"א קרי ליה מבואן ומה דקרי אוצ'ה הוא על מה שיש לו בדמשק וגם במה שאמר ובשאר מדינות הכונה בו שהם ארופ'א ובכל וכיולא חוץ מהר"ן יע"א ונמצא שלשני בניו זיכה החצרות והמבואן שבארם צובא והבית אשר בהם ומה שיש באוצם שבדמשק ואשר יש לו בשאר מדינות זיכה בהם לאשתו ולבניה ולבנותיה וכזה נתיישבו דבריו ולא סתרי אהדדי מ"מ אכן מה כענה במ"ש בסוף השטר נואם הנו' ובכן אנן סהדי דח"ל קנינו וכו' בכת ק"ם זה נתן במ"ב מעכשיו לבניו הקטנים ולאחיותיהם ולאשתו כל מולק שיש לו בהר"ן ובפרט החצר והבתים והמבואן הידועים לו שם שם וכל המטלטלים וספרים שבתוכם אנכם וכו' וכל נכסים ומטלטלין וסחורות שיש בבית ובאוצ"ן ובשאר מדינות וכל מה שיש לו אתה כל השמים כל נכסיו וכל מה שיש תחת יד אשתו תזכה בו לה ולבניה ולבנותיה בתורת מ"ג וכו' ע"כ ואלו הדברי' הם סותרי' בהכרח כל מ"ש למעלה שהרי תחי' לא נתן לה מאומה בגוף החצי' והבתים ולא אשר בתוכם ולסוף גמר ונתן החצירות והבתים ומה שבתוכם ומה שבשאר מדינות ואין לך חזרה גדולה מזו גם במ"ש שכתוב בתחילת השטר שלוא' הנו' וגם מעכשיו וכו' אני זכיתיה בו שתזכ' לה ולבניה וגם מה שיש באוצ'ה לה ולבני' וגם בסו' השטר וכל מה שיש לו תחת כל השמים כל נכסיו וכו' תזכה בו לה ולבניה ע"כ הרי דשנה ושילש שהוא מ"ג לה ולבניה ואם באנו לדון בלשון זה נר' שהיא זוכה בחצי הממון לה והחצי הנשאר הוא לבניה ולבנותיה וכוא מבואר בסוגיא דפ' מ"ש דקמ"ב ע"א שבוא דאמר לדביתהו נכסי לך ולבניך אמר רב יוסף קנתה מחצה ואמרינן מנא אמינא לה דתניא רבי אומר והיתה לאהרן ולבניו מחצ' לאהרן ומחצה לבניו ע"כ וקי"ל הכי וכמו שפ' מרן סי' רמ"ז ס"ה וסי' רנ"ג סכ"ד יע"ש אכן במ"ש באמצע הדברים בכת ק"ם זה נתן במ"ג מעכשיו לבניו הקטנים פ' ופ' ולאחיו ולאשתו סי' שניאר מב"ת כל מולק וכו' ואלו הדברים משמען שנתן במחצה לשני בניו והמחצה הנשאר לאחיות ולאשתו ולא ידענו אם אלו הדברים מקרי חזרה או שנלך אחר התחתון ושתי חרא מקמי תלת שכתוב לה ולבנים וכו' או נימא דהוי במ"ש דפעמים הקדים משה לאהרן ופעמים הקדים אהרן למשה לו' לך דשקולים הם וגם הכא כן דפעם הקדים לה ופעם הקדים בניה לה לומר לך דשקולים הם ויחלקו בשוה חלק להבנים וחלק לה וחלק לאחיות וגם דבסוף השטר פירש עד אשר ינשאו הבנות לעת הנשואין יתן לכל אחת דבר הראוי לה לצורך נשואים לפי העת והזמן או עישור נכסי וכו' הרי דלהבנות לא נתן חלק במתנה לא לשליש ולא לרביע כי אם הדבר הראוי להם לפי העת או עישור מ"מ לענין האם היא אשתו הנו' ובניה הדבר תלוי אם תקח היא מחצה וכל אחד רביע או יחלקו שוה בשוה ··

והנה ידוע מסקנת הש"ס בפ' מ"ש דף קמ"ח דמתנת ש"מ שחזר במקצת חזר בכולה ופסקוה כל הפוסקים וכן כתב מרן בש"ע סימן ר"ן סי"ב יע"ש אכן בתשובה להמבי"ט ז"ל בח"ב סי' ו' שכיאו הכה"ג הגה"ט אות ס"ט כתב דדוקא בכ' שטרות אבל בשטר א' אפילו אם חזר לא הויא חזרה וכעת אין אתי תשובת הרב הנז' לראות בעיק' דבריו אכן הכה"ג שם כתב עליו אבל מד' מהרש"ך ח"ב סי' קס"א והרא"ד"ב סי' קל"ח מוכח דאפילו בכת אחת הויא חזרה עי"ש גם מדברי מהריב"ל בח"ב סי' י"ט ובפ"מ ח"א סי' ל"ד דף פ"א ע"ב והרב הנג"ל ס"ס מ"ד ומסר"א קובו סימן א"ך נראה דלא כהמבי"ט וכבר כתב ס' ד"מ בח"מ סי' ע"א דהמבי"ט ז"ל הוא יחיד בסברא זו יע"ש גם אנכי הרואה למהרח"ש בח"ב סי' ה' בנ"ד שצוה שיתנו לבנו הגדול כו"ך חכשיטין והשאר יחלוקו הוא ואחיו וגם ליום שיתנו לבנו בגדול וואדה'ן של זהב וכו' וכתב הרב בתשובה שאם הדברים מסודרים מפי הש"מ שאחר שאמר והשאר יחלוקו חזר ואמר שיתנו לבנו הגדול וכו' ואם כן חזר מדבריו הראשונים ואיפסיקא הלכתא דחזרה במקצת הויא חזרה בכולה וכו' והקטלה לואה שא! וחזר הדבר לדינו עי"ש הרי יותר חידוש למרנו מדברי הרב ז"ל דאפילו שבא להוסיף במתנת בנו הגדול מ"מ כיון דלגבי הקטן הויא חזרה במקצת גם לגבי גדול נתבטלה מכל וכל וחזר הדבר שיחלקו.

כלה של תורה ואפילו שהחזיר באותו שטר עצמו ובדעת החולקים שסבירא הכה"ג ובאמת שאם באתי להאריך בפרט זה יארכו הדברים ואני אין כוונתי כי אם לכתוב מה שנוגע לענין הדין דוקא וע"כ אני אומר דמתרי טעמי לית לן לחוש במתנה זו מדין חזרה במקצת חדא דהרואה יראה דעיקר כונת הנותן אינה אלא לשני בניו דוקא ולא לאשתו ולא לבנותיו ומה שכתוב פעמים ושלא לה לבניה ולבנותי' וכו' אינו כי אם לשעבוד כתובתה והתוס' שהוסיף לה הת"ך ולא יותר דבגנע עלמך אם היתה רוצה אשתו זו להנשא לאחר האם יש מקום לו' שתגבה הכתובה והתוספת מלבד חלק העולה לה משטר מתנתא דא הא ודאי לא שהרי בסוף השטר כתוב בפירוש וז"ל וכך אמר לנא שכל זה ויהיה נתון להם כנז' וישאר משועבד לכתובת אשתו העיקרי' ולשטר התוספת שהוסיף לה ולקיום והעמדת תנאי הכתוב' ומזונותיה היא ובניה ובנותיה ה"יו עד שינשאו הבנות וכשינשאו הבנות לעת הנשואין ינתן לכל אחת מהם דבר הראוי לה לצורך נשואיה לפי העת והזמן או עישור נכסי כמו שתרלה האם עד אשר יגדלו שני בניה שהזכרתי ויחזקאל ה"יו אם תרלה האם למסור להם דבר הראוי ותשאיר לה דבר המספיק לה מהכשרו כדי מזונותיה ופרנסתה כל ימי חייה כן תעשה ואם תרלה לגבות כתובתה ושאר התוספת שעשיתי לה והשאר יחלוקו הם בשוה כן יהיה עכ"ל הרי מפורש שלא זוכה לה במתנה הנז' שתקח יותר על כתובתה והתוספת אפי' דבר מה רק שיהיו משועבדים תחת ידה למזונו' ולפרנסה גם להבנות אין להם כי אם מזונותיהם ופרנסתם כפי הראוי או העישור ואם תרלה האם הבנו' ליקח כתובתה השאר יחלוקו בשוה ואין לה עליהם דבר יתר על כתובתה ומעתה שפיר יש לתקן דברי הנותן מתחילתן ועד סופן כי הוא עיקר כונתו ליתן לשני בניו הנז' דוקא ולסלק שאר האחים כאשר כתוב בתחילת דבריו אך מפני שחשש פן יאבדו הנכסים ולא ישאר בידה שיעור כתובתה ותוספת או פן יוליאו הולאות מרובות יתר על הראוי ואין מי יאמר להם מה תעשו כי הכל שלהם לכן חזר וכ' וזכה לאשתו ולבניו הנז' ואין הכונה בו שתהא זוכה במ"נ חוץ מדמי הכתובה והתוספת אלא שיהא הכל משועב' תחת ידה למזונות כלם ולבנת' ולחוס' ואם הסכים דעתה לישב כל ימי חייה ותזון ותתפרנס הנה מה טוב ואם תרלה לגבות כתובתה תגבה והשאר יחלוקו בשוה כאשר ליום כתחי' דבריו דהמתנה היא להם לבדם אבל לאשתו אין לה בהם כ"א שעבוד למזונות ולפרנסה ולגבות את כתובתה זהו הנראה אמת בכונת הנותן מיהו עכ"ז לא נתיישב לנו שפיר כמ"ש תחילה תוכה כו. לה ולבניה ולבנותיה בתורת מ"נ שנ"ק גלוים ומפורסמת וכו' ולשון מ"נ מורה שהוא נותן לה אפילו שיהיה אותו חלק נוסף על כדי כתו' ותו' וכ"ש אם נפרש כמ"ש כגמרא דמחלה לה ומחלה לבניה שהוא ודאי יותר על דמי כתובתה ותו' ובסוף השטר כתוב דאם תרלה לגבות כתובתה ותו' השאר יחלוקו בשוה דנראה ברור שאין לה כ"א לגבות מנכסים כדי כתובתה ולא יותר ובדברים אלו נראה דהוי חזרה במקצת ודינו דהוי חזרה בכולה והתבטל כל הלואה האמנה ממקום אחר יש מן

הדין לקיים המתנה הנז' והוא שכבר כתבתי והוכחתי לעיל דשטר מתנתא דא כיון דכתיב ביה מעכשיו דינו כמתנת בריא ממש לכל דבריה והרי לא אמרו אלא מתנת ש"מ שחזר במקצתה חזר בכולה אבל במתנת בריא בנהי דחזר חזר ובמאי דלא חזר לא חזר ואם ירלה החולק לחלוק עלי ולומר דמתנת' דא דנדון דידן דין מתנת ש"מ יש לה אמינא ליה אם היתה לדבריו הרי איכא חזרה במקלת והוי חזר' בכולה ·

איברא דעם כל זה מקום יש בראש לומר הלה דלא הויא חזרה והוא ממ"ש הנימוק"י בשם הריטב"א בפ' מ"ש וז"ל והיכא שנתן מקצת נכסיו לאחרים והשאר ליורשיו וחזר בו מיורשיו דעת רבי' הגדול הרמב"ן דלא הוי חזרה לאידך כי מה שנתן ליורשיו לא הוי אלא כירושה בעלמא וכן נראה עיקר הריטב"א עכ"ל הרי דאפי' בנותן ליורשיו ולאחרים ואח"ך חזר מיורשיו לא הוי חזרה לגבי אחרים כ"ש וק"ו אם נתן ליורשיו לבד אעפ"י שחזר לא מיקרי חזר במקצת ודברי לוואתו קיימת והנה כי באמת יש לדחוק דהסיא דהנימוק"י איירי דאלו הם היורשים דוקא אין עוד מלבדם ומה שנותן להם כירושה בעלמא משא"כ דאלו השני בנים אין הם לבדם יורשי כל הנחלה כי אם ב' מהחמש אחים וי"ל דלגבי שאר הנחלה שאינה שייכא להם הוו כאחרי' מ"מ אכתי יש לדון בזה דהוי כמי שנתן מקצת ליורשים ומקצת לאחרים וחזר ונתן מתנה לאחרים דנשאל על זה מהריב"ל בח"ג סי' ו"ט וכתב דיש להסתפק אם כוונתו כאלו המ' פרחים שנתן האח"ך לקרובו אם יסתלקו מן האלף שנתן במתנה או מן המעות שנתן ליורשים או מהב' כזות כל א' והאחד המגיע לו וכ"ת דאם הוא מהממון שהניח ליורשיו לא הוי חזרה וכמ"ש הנימוק"י וכתב הא"ך ולא יהיה אלא ספק הרי יש כאן מ"נ אלא דמתמת חזרה הוא דאמרינן חזר במקלת חזר בכל לא אמרינן הכא אלא היכא דברירא לן שחזרה וכיון דאיכא להסתפוקי אם אותם המ' פרחים לא סילק אלא מהיורשים וכגון האי לא הויא חזרה וכדכתבינן מספיקא לא אמרינן חזרה במקלת הויא חזרה במקלת הויא חזרה בכולה עכ"ל . ואם כן הכא נמי נימא הכי כיון דאלו הב' בנים הם יורשי נחלה במקלת ובשאר הוו כאחרים כו"ל כמי שנתן קלת ליורשים וקלת לאחרי' אף שאח"ך חזר ונתן עוד קלת לאחרים לא הוברר ממי החזרה אם מממון הנגע להם בירושה אם מממון הנוגע להם מהמתנה והוי ודאי במתנה וספק בחזרה וכהכ"ג לא אמרינן חזר במקלת חזר בכל ·

האמנם כד דייקינן בה איכא דעובדא דידן לא דמיא לההיא דמהריב"ל כלל דבשלמא התם הוו גופים מוחלקים דמקבל המתנה אינים אחרינא הוא והכתנו לא נדע אם מתנת המ' פרחי' שנתן אח"ך משל מי כיון הנותן שיהיו אם מן היורש הא ודאי לא מיקרי חזרה וכמ"ש הנימוק"י ואם מן המקבל מתנה שפיר הוי חזרה וכיון דהוי ספק אין ספק חזרה מוליא מידי ודאי מתנה אבל הכא דהם הם היורשים הם מקבלי המתנה היתה על הראוי להם בנחלה וחזר במקלת מכללות שנתן להם הא ודאי פשיטא דהוי כמי שפי' בפי' דנתן לאשתו חלק מהירושה

מהירוש' והמתנה שניתן להם והו"ל כחוזר בפי' מחלק המתנה גם כן והא ודאי דאם נתן ליורשיו ולאחרי' וחזר ונתן מתנה אחרת ופי' דמתנה זו תהיה מחלק היורשים ומאחרים שא ודאי דהוי חזרה גמורה שהרי חזר במקצת המתנה וה"נ דוכוותא ודברים ברורים

ועוד אני מוסיף לומר דיראה דמ"ש הריטב"א והנימוק"י דחזרה מן היורשים לא מקרי חזר' במקצת לא אמרוה אלא דוקא דאין יורש מבלעדו שאין זו מתנה אלא נחלה מתשמשת וכאן אבל היכא דסליק לשאר יורשים ונתן לזה חזר דינו להיות כדין מתנה לאחרים וכל שחזר במקצתה מקרי חזרה בכולה שוב ראיתי לסרב כה"ג סי' ר"ן הנשכ"י אות כ"ו שהביא תשו' מהרע"י כ"י שהוא מסכים לכל מ"ש כאשר יראה המעיין שם אכן כתב בסוף דבריו ומהר"א מוטל בתשובה כ"י מפקפק בזה ואנן בדידן לא זכינו לראות לא זה ולא אותו לחוות בנוע' דבריהם

אכן כחפשי ראיתי תשובה שלימה למהר"א קוטו ז"ל בס' אדרת אליהו בח"מ סי' כ"א דע"ל ע"ד דאזיל בתר איפכא מכל אשר כתבנו ותורף דבריו דלא כתבו דחזרה מן היורש לא מקרי חזרה אלא בכותב לבן בין הבנים דאז מפרשינן מתנה דידיה דהוי כירושה שהתורה הרשתו להנחיל למי שירצ' הכל כאין לו יורש אלא הוא הוית מתנה ולא ירושה וחזרה דידיה הוי כחוזר ממתנת אחר וכשחוזר במקצת חוזר בכל ובטלו המתנות ועפ"כ ואני עם שאיני כדאי לחלוק עליו מ"מ אמינא דל' הריטב"א שכתב והיכא דנתן מקצת נכסיו לאחרים והשאר ליורשיו וכו' משמע דלא כוותיה ואדרבה לשון והשאר ליורשיו נראה שיחלוקו ביניהם כדת של תורה ולא להוסיף לזה ולא לגרוע מזה ועלה קאמר דאין החוזר' מיורשיו מקרי חזרה והגם שדבר זה קיימתיו מסברא מ"מ אשכחית לי תנא דמסייע לי הוא מהרע"י שהביא הכה"ג ועם דמהר"א מוטל מפקפק בזה לא חלק עליו בבירור שהרי לא כתב הרב כה"ג שחלק עליו ועוד אפשר דלא פקפק אלא לומר דשוים שם בין ביורש בכל הנחלה בין במרבה לזה וממעט לזה ובכלהו מקרי חזרה מיורש דאינה חזרה אבל להיות הדין להפך זו לא שמענו ול"ע ·

ואיך שיהיה אנן בדידן כבר כתבנו לעיל דליכא למיחש האי חששא דחזרה במקצת אי משום דיש להשוות דברי הלואה דלא ליסתרן אהדדי והגם דהוי פירוש דחוק לית לן בה דיש לנו לפרש בלישנא דשטרא ולהשוות הלשונות זה עם זה אפילו בדוחק ואם נפשך לומר דמ"מ סתרי אהדדי ונראה דאיכא חזרה שהרי כתוב בפירוש במתנה גמורה וכו' כאשר כתבנו לעיל מ"מ כבר הוכחנו דמתנתא דנ"ד דהוית במעכשיו דין מתנת בריא יש לה וכשדבריו סותרין זה את זה הכל הולך אחר התחתון ולא אמרו דאם חזר במקצת חזר בכל אלא במתנת ש"מ ותו לא מידי אשוב' הראה כמה שכתבנו בש' השליש שהנותן הנו' הוא לוה ואמר ומוסף על כל זה ליותר יפוי כח קנו ממני קנין גמור ושלם וכו' והעדים לא עשו כן שלא כתבו וקנינא מוניה מוסף על מתנתא דא וכו' והנה אמת שאם לא היו כותבים כלל וקנינא וכו' דיותר טוב היה דאמרינן מסתמא עשו עדים שליחותן וכ"כ הרב פ"מ בח"ב סי' ל"א דקע"ד ע"ג בכ"ד וז"ל ולא עוד אלא דבכ"ד איכא ק"ש שכך כתוב בשטר שאמר הנותן הוו עלי עדים וקנו ממני ובודאי שככר עשו שעדים שקנו ממנו אעפ"י שאין כתוב בסוף השטר הלז שקנו ממנו וסתמו כפי' וכו' עכ"ל אבל השתא שכתבו וקנינא וכו' ולא הזכירו היפוי כח נראה דשינו בשליחותן וע"ז נאמר דשתיקותיך יפה וכו' וקרוב לזה הנך רואה בתשו' הריב"ש סי' קמ"ח בכ"ד שלא כתבו העדים בקנין יפוי כח וכתב שם על דברי ר"ע וז"ל גם בענין הקנין הכתוב בלואה מבלי לשון יפוי כח הארכת לומר שהסופרים בוק"ז אינן בקיאין בדינין וכו' מה לנו בכל אלה והלא בכל לשון דברי ש"מ ככתובין וכמסורין דמו מתקנת חכמים וכן כל מה שמוסיף להקנות בדרך מ"ב אנו חוששין שמא לא רצה להקנות בדיבור אלא בקנין וכו' וכיון שיש לחוש לזה אין מוציאין מחזקת היורש אלא בראיה ברורה שיברר המלוה שאינו מכוין אלא ליפוי כח המקבל וכבר פירשו לנו בגמרא היכי דמי מיפה את כחו כגון דכתבי וקנינא מניה מוסף על מתנתא דא וכו' ע"כ נראה מדבריו שכל שלא כתבו כן הלואה בטילה וכתב הרב בית שלמה בח"מ ס"ס מ"ב וז"ל משמע הא כ' בליר מהכי לא הוי יפוי כח למקבלים ובנ"ד לא יש שום גילוי בזה אלא סתם קנין כתוב אחר קיום כל הלואה הילכך הלואה הזו בטילה עכ"ל ונראה דה"ה בנ"ד אבל בר דויקנא בה מילתא דמתנתא דנדון דידן לא דמיא כלל להא דהריב"ש דהתם שאני שלא נזכר שום יפוי כח לא בדברי המלוה ולא בדברי העדים ולהכי פסילה הך מתנתא שהרי לא הוזכר בה כלל שום יפוי כח משא"כ בנ"ד שהמלוה פירש בפירוש ומוסף על זה ליותר יפוי כח קנו וכו' אף שהעדים לא כתבו לית לן בה שהרי גדולה מזו כתבו התוס' ריש פרק אעפ"י ובפרק מ"ש דתימה ע"מ שתיקנו הגאונים לכתוב במתנת ש"מ כתבו בכל לשון ש"ז ולא אוזכר שום יפוי כח וז"ל דלשון ש"ז חשוב יפוי כח וכו' וטוב לכתוב וקנינא מוסף על מתנתא דא או לכתוב אף קנו ממנו ע"כ הרי דאפילו כאו' שמלוה כתבו בכל לשון ש"ז סגי ולא בעי יפוי כח ועל מ"ש בגמ' וקנינא מנים מוסף וכו' כתבו וטוב לכתוב וקנינא מנים מוסף וכו' דמשמען של דברים דלא בעי כי אם לכתחילה מהיות טוב אבל בדיעבד אם לא כתבו כן לא מיעכבא וכ"ש בנ"ד דפי' בפי' על היפוי כח פשיטא דאף דלא כתבו וקנינא מיניה מוסף וכו' לית לן בה ובאמת שראיתי להרב כנה"ג בתשו' ח"ב מח"מ סי' ז"ן שהביא דברי התוס' בפרק אעפ"י וכתב וז"ל ואי לאו דמסתפינא ה"א דלא כתבו התוס' דבכל לשון ש"ז מהני ליפוי כח אלא למ"ש בתחילה וקנו ממני וכו' ולא כתב לבסוף וקנינא אבל אם כתב לבסוף וקנינא ולא כתב מוסף על מתנתא דא אפילו אם כתב למעלה וקנו ממני בכל לשון של זכות לא מהני לשון זה ליפוי כח אם לא כתב אף כתבו וחתמו וצ"ע עכ"ל מ"מ הא לא חברא לנ"ד דלא כתב הרב כן אלא היכא דאמר המלוה כתבו בכל לשון ש"ז דוקא ולא הזכיר יפוי כח אבל היכא דאמר בפי' יפוי כח אפי' שכתוב בדברי העדים וקנינא ולא כתבו מוסף וכו' לית לן בה דחזקת עדים שעשו שליחותן ולא הוצרכו לפרש

ועין

ועיין ראה בתשו' מהרי"ט סי' מ"ט בכה"ג שאמרה שטר מתנה זו כתובה בשוקא וכו' והכל יהיה נדרש ליפוי כח המקבלים וכו' וכתוב אח"ך בדברי העדים וקנינא במדל"ב וכו' ולא הזכירו יפוי כח כמו שיע"ש ואעפ"י כן כתב בסי' ז' דהאי לישנא עדיף מלישנא דמוסף על מתנתא דא וכו' עי"ש גם בתשו' מהרשד"ם בח"מ סי' שי"ו שאמר המלוה כתבו בכל לשון ש"ז ויפוי כח. ולא הוזכר בדברי העדים ולא חש לה הרב ז"ל והנה שמהר"י אדרבי ז"ל בסי' שס"ז ושס"ח נראה שחלק עליו וכבר הרב כנה"ג בסי' ר"ן הגה"ט אות פ"ט תמה עליו מדברי תשו' הנז"ל ויישב שם ולפי ישובו בכה"ג דאמר המלו' בפירוש קנו ממני תוסף וכו' ליותר יפוי כח נראה דאין בזה מי שחולק דהנה שלא נזכר בדברי העדים מהני וכ"ש דמהרי"א גופיה בסי' שמ"ח שכתו' בדברי המלוה וליותר יפוי כח וכו' וקיים הלוה שהיא יע"ש וכבר הרב כנה"ג ישב הסתירה מסי' שמ"ח לסי' שס"ח יע"ש אך מה שעומד לנגדי כחומה האי לישנא דכתוב בכה"ג וכבר אנן סהדי דח"ל קנינו מידו בקנ"ש וכו' כתח"ל בכח ק"ס זה נתן כמ"נ מעכשיו וכו' כי הרעו את אשר דיברו כי בכח ק"ס זה נתן דמשמע דעיקר מתנתו הוה בכח ק"ס והא ליתא כלל וכ"ש דבדיבור אחד נאמרו כתחז"ל בכח ק"ס זה דאין זה תיקון חכמים ולא מחדש כתבו כן והלא הוה כתיב ובכח ק"ס זה וכו' בוא"ו העטף היינו יכולים לדחוק ולפרש דהוי כאלו כתוב וגם בכח ק"ס זה דר"ל דמלבד כח האמירה של הש"מ דמגנא להקנאה אלא שגם בכח הק"ס ליפוי כח נתן פמ"נ וכו' ואף שהוא דוחק עצום אבל השתא דכתיב בכח ק"ס זה נתן הרי קרי בחיל דעיקר מתנתו הויא בכח הקנין והנה דהוא ליוה דמוסף על זה ליותר יפוי כח קנו מידי וכו' הם שינו בשליחו' בשעת מעשה והם אמרו דבכח ק"ס נתן ובאמת שבחפשי באמתחות גדולי הפוסקים לא ראיתי בהנה שדיברו על כיוצא בזה דאפשר דהוי חזרה דתחילה סבר ליתן בלשון יפה ושוב נמלך לתת דוקא בכח קנין והכל הולך אחר החתום ׳ ברם עם כל האמו' אשכחנא לה פתרי זכות ויפוי כח למתנתא דא הגם אי דיינינן לה דין מש"מ ממש וכל שכן אי דיינינן לה במתנת בריא כאשר כתבנו לעיל והוא דמפורש יוצא בלוהה זו דהיא מלוה מחמת מיתה והרואה יראה למרן ז"ל בסי' ר"ן סי"ז שכתב וז"ל מתנת ש"מ בכלה שנתנה בקנין לא קנה אפי' מת וכו' ואם פי' שלא הקנה אלא כדי ליפות כחו כגון שכתב וקנינא מיניה מוסף על מתנתא דא ויש מי שאומר דה"ה במי מלוה מחמת מיתה בקנין דינו כש"מ שהקנין מגרע כחו אלא א"כ יפה כחו עכ"ל הרי דדין מלוה מחמת מיתה דבעי יפוי כח כתבו בלשון ויש מי שאומר נראה דלסברא קמייתא דוקא בש"מ אבל מח"מ לא בעי יפוי כח ואם כן בכה"ג דמפורש שהוא מח"מ דל מהכא היפוי כח הגם אם לא היה נזכר בדברי המלוה כלל אין בכך כלום שהרי לדעת מרן דסתם דין זה דוקא במתנת ש"מ אבל במלוה מח"מ לא בעי יפוי כח מתנה זו קיימת וכ"ש בכה"ד דהוזכר היפוי כח בדברי המלוה אף שהעדים טעו וכתבו דבכח קנין סודר נתן לית לן בה ואמנם לכאורה נראה דדברי מרן בזה לכאורה הם תמוהים ונסתרים מתחלתם דהנה דנראה מדברי הטור דסברא זו דבעינן יפוי כח אף במלוה מחמת מיתה היא מדברי הרא"ש נראה דסברא יחידאה היא מ"מ הרואה דברי הרמב"ם ז"ל בפ"ח דזכיה ובדברי ה"ה שם יראה שכן היא דעת הרמב"ם שהרי כת' וז"ל מתנ' ש"מ שכתוב בה קנין בין שהיתה במקצת נכסיו בין שהיתה בכל נכסיו חוששין לה שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר וכו' ואם קנו ממנו כדי ליפות כח המקבל הרי היא קיימת ע"כ וכתב שם ה"ה וז"ל ומ"ש בין שהיה במקצת נכסים הוא כמגלה דעתו שמחמת מיתה נותן ויתבאר בפ' זה עכ"ל ובדין י"ז כתב הרמב"ם ז"ל אבל אם נתן לו המקצת בפי' במשכ"מ וכו' א"צ קנין וכו' ואם היה בה קנין ל"ק אלא אם כן היה מיפה כחו כמו שביארנו וכתב ה"ה מ"ש מלוה מחמת מיתה לא בעי קנין וכו' והוא דקנו מיניה פי' קנו מיניה כדי ליפות כחו עכ"ל והרמב"ן ז"ל בחי' הביא דברי הרא"ש וכתב שכ"כ הרב משה הספרדי יע"ש הרי שדעת הרמב"ם והרא"ש והרמב"ן שוים דגם במלוה מחמת מיתה בעי יפוי כח ולא די בזה אלא שמרן גופיה שם ס"ט כתב וז"ל בד"א דמתנת ש"מ במקצת בעי קנין בסתם אבל אם נתן מקצת נכסיו בפירוש במתנת ש"מ אין צריך קנין וכו' ואם יש בו קנין אינו קונה אלא אם כן כתב במיפה כחו עכ"ל והסמ"ע ס"ק כ"ד כתב וז"ל כן כתב נ"כ הטור והמחבר בסמוך סס"י י"ז אפילו במלוה מחמת מיתה עכ"ל וקצת תימה עליו שלא הרגיש כי סתמיה דמרן באותו סעיף סותר למ"ש שכא בסתם ודוחק לומר כי דעת הסמ"ע בזה לנ' דאעפ"י שכתב בסי"ז ויש מי שאומר אין בזה פלוגתא וכמ"ש הסמ"ע בסי' כ"ו ס"ק י"ג ובסי' י"ו ס"ק ח' וכ"כ הט"ז סי' כ"ו יע"ש דמ"מ קשה דאין זו סברא חדשה שהרי דעת הרמב"ם והרמב"ן בהרא"ש ולכאורה לא ידענו מי הוא החולק עליהם כי לא הובאו בית יוסף אכן בתשו' מהר"ם מפדוואה סי' כ"ו דקדק מדברי הטור והמרדכי דפליגי יע"ש שכ' בסוף דבריו ודברים אלו יש לדחותם וכו' מ"מ לא אשען על דברי אלה לדחות דברי הרא"ש הנז' בפי' ולא מכללא עכ"ל ויותר מזה אנכי הרואה להרמ"ה בחי' סי' קכ"ד שכתב וז"ל ואסיקנא והלכתא מתנת ש"מ במקצת בעיא קנין ואע"ג דמייתי מלו' מחמת מיתה לא בעי קנין והוא דמית עמד חוזר אע"ג דקנו מיניה ודוקא במיפה את כחו אבל בשאין מיפה את כחו אע"ג דמיית נמי חיישינן שמא לא גמר להקנות אלא בשטר וכו' גם בסי' קכ"ה כת' אתמר מתנת ש"מ שכתוב בה קנין ובכותב כל נכסיו קאי אי נמי במלוה מחמת מיתה וכו' וקיימא לן כשמואל ודוקא בשאין מיפה את כחו אבל במיפה את כחו קנה וכו' ע"ש דנראה ברור דאזיל לשי' הרא"ש ודעמיה ואיך שיהיה דעת מרן בזה לא ידענא היאך נדון בה ובעת לא ראיתי בד' האחרונים ז"ל מי שעמד בזה :

שוב בחפשי באמתחות דברי הפוסקים ראיתי מראות אלהים תשובה שלימה בכתב יד הקדש כמהר"ם ן' חביב ז"ל ויען כי תשובות הרב הינם כגמלא מוכרח אני להעתיק קצת מלשונו והנה הרב ז"ל הביא תחילה פלוגתא דרב ושמואל במתנת ש"מ

ש"מ שכתוב בה קנין דאסיקנא הלכתא כשמואל ואחר כך כתב וז"ל אמנם יש לחקור ולהתבונן במאי קא עסקינן דיש פנים לומר דהא דשמואל איירי בין בנותן כל נכסיו בין בנותן מקצת נכסיו אף ע"ג דפירש דהוא מלוה מחמת מיתה ויש פנים לומר דלא איירי שמואל אלא בנותן כל נכסיו בסתמא אבל בנותן כל נכסיו או מקצת נכסיו ופי' דהוא מלוה מחמת מיתה אין הקנין מגרע כח של המתנה ובחפשי באמתחות הפוסקים יראה לי דבהא איכא פלוגתא דרבוותא והנה מדברי רשב"ם יש להוכיח דבמלוה מחמת מיתה אין הקנין מגרע כח של המתנה דאשכחן דכתב הא פלוגתא דרב ושמואל דבכותב כל נכסיו פליגי יע"ש ומדלא פירש רשב"ם דאיירי במגלה דעתו שהוא מלוה מחמת מיתה גם שהיא מתנה במקצת ש"מ דס"ל דבמלוה מחמת מיתה אין סברא שיאמר שמואל שמא לא גמר להקנותו אלא בקנין וכן יש לדקדק מדברי רשב"ם דקמ"ו גבי מ"ש שם ש"מ שכתב כל נכסיו לאחרים שייר קרקע כ"ש מתנתו קיימת כתב שם והלכתא מתנת ש"מ במקצת בעי קנין אף ע"ג דמית מלוה מחמת מיתה במקצת לא בעי קנין והוא דמית עמד חוזר אף ע"ג דקנו מיניה עכ"ל כו' כרור דאם מת מתנתו קיימת אף דקנו מיני' וכו' והאריך בזה עו"כ גם מדברי המרדכי סי' תרכ"ו יש לדקדק כן שכתב מלוה מחמת מיתה בין בכ"כ בין במקצת נכסיו בין בקנין בין שלא בקנין אם מת מתנתו מתנה ואם עמד חוזר ע"כ וכ"כ שם בשם מהר"ם סי' תרכ"ח וכיוצא בזה כתבו הג"א יע"ש גם הטור סי' ר"ן סי"א כתב אם פי' מחמת מיתה אם עמד חוזר אפילו יש בה קנין ע"כ משמע הא אם מת קנה אפילו יש בה קנין כנ"ל כדעת הני רבוותא עכ"ל אחר כך הביא דברי הרמב"ם הנז"ל ומ"ש ה"ה עליו ודברי הרמב"ן ברורין וכתב ראיתי בסמ"ג וכ"י וריו"ו שהם סוברים כדעת הרמב"ם והראב"ד ומרן ז"ל בש"ע סי"ז כתב ויש מי שאומר וכו' וסברא זו היא סברת הראב"ד שכתב הטור ומדכתב מרן ז"ל להך דינא בלשון יש מי שאומר משמע דסברא יחידית היא והעיקר כדברי האומרים דאין צריך יפוי כח כיון דהוא מלוה מחמת מיתה ודברי תימה הם שהרי בש"ע כ' בשם ל' הרמב"ם דאם יש בו קנין אינו קונה אלא אם כן במופה את כחו ואפשר דבמתנה במקצת איכא תלתא גווני לדעת מרן בספרו קל"ר דש"מ שנתן מקצת נכסיו בקנין מסתמא הוי מתנת בריא וזה הדין הוא מוסכם ופסקו מרן ז"ל ס"ד ואם הש"מ נתן מקצת נכסיו בקנין ופירש דנותן במתנת ש"מ בזה פוסק בסי' הרמב"ם דצריך יפוי כח וזהו הדין שהזכיר בש"ע וסתם כדעת הרמב"ם אמנם במפרש בהדיא הש"מ דהוא מלוה מחמת מיתה ונתן מקצת נכסיו בקנין בזה סבור מרן ז"ל דאין צריך יפוי כח לדעת רוב הפוסקים כיון דמפרש בהדיא דהוא מלוה מחמת מיתה וזולה הראב"ד שכתב הטור כשמו דצריך יפוי כח ולזה כתב מרן סברא זו דסי' י"ז בשם יש מי שאומר כלומר דהיא סברא יחידית ואינה מוסכמת כדעת מרן ז"ל.

האמנם מתוך דברי הרמב"ן בחידו' ומדברי ה"הת יראה דהם סוברים דאפילו במפרש בהדיא דהוא מלוה מחמת מיתה צריך יפוי כח לדעת הרמב"ם ז"ל ובחפשי וכו' מצאתי בתשו' מהר"ם מפדווא שרצה לדקדק מדברי הטור והמרדכי דס"ל דבמלוה מחמת מיתה אין צריך יפוי כח וכו' ובסוף דבריו כתב דאטו סומך וכו' עי"ש ואני תמה על הרב ז"ל דאשתמיט ליה דברי הפוסקים בזה כי יש כמה פוסקים החולקים בזה ואלה מפה כמ"ש לעיל עכ"ל לשון הזהב הורו עיני כי טעמתי טעם לוף אמרי נועם אמרות טהורות של הרב ז"ל וגמרינן מיניה דדעת מרן ז"ל לפסק הלכה שבמלוה מחמת מיתה לא בעי יפוי כח דלא כהראב"ד ז"ל ודעמיה וכן ראיתי להרב כנה"ג בתשובה בח"מ סי' קפ"ו דף רכ"ג ע"ג שכתב דמהרמ"מ לירד לומר דהטור והמרדכי פליגי עליה דהראב"ד וכן מדברי ה' בש"ע שכתב סברת הראב"ד בשם י"א עכ"ל הרי שהבין שדעת מרן לפסוק כסברא קמייתא ומ"מ הדבר תמוה לעיני שהניח מרן ז"ל דעת הראב"ד ודעת הרמב"ן וה"ה כסברת הרמב"ם ז"ל ולא גילה בב"י דבר מזה שאין דרכו בכך ובעת ש"ע ואיך שיהיה אנו אין לנו אלא דברי מרן ז"ל דסבר דבמלוה מחמת מיתה לא בעי יפוי כח ומינה בכ"ד הנס שכתבו העדים שבכח קנין סודר זה נתן במ"ג לית לן בה הנס דנימא דהיא מתנת ש"מ וכ"ש אי דיינינן לה כמתנת בריא:

אבן אשוכה ארא"ה בשיטה מקובלת בש"ס יד רמה דט"ו ע"א בד"ה כללי דנקטי משאי שמעתתא וכו' והם מהרא"ם ז"ל שם כתוב וז"ל דהיכא דמתכרר מניה דש"מ דמחמת מיתה הוא דקא יהיב להו לנכסי בין שייר בין לא שייר מת קנה ואע"ג דלא קנו מיניה וכו' והאי דאמרינן וכו' דשמעת מינה דאע"ג דקנו מיניה אם מת קנה וכו' דוקא היכא שמתברר שליפות כחו הוא דמתכוין בההוא קנין דקנו מיניה אם כן בהאי שטר שכתב אבל אי לא מתברר מיניה אי ליפות כחו נתכוון או לא חיישינן שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר ועפ"כ דמוכח דסבר כהראב"ד דאף במלוה מחמת מיתה הקנין מגרע קא גרע ובעי יפוי כח.

ואני בעניי אילולי דמסתפינא הוה אמינא דבדין זה קי"ל הכי להלכתא דפשיטא לן דאלו מרן ז"ל פיה רואה סברת כל הני רבוותא דסברי כהראב"ד לא הוה שבקינהו למיפסק דלא כוותייהו שהרי לפי מה שנתבאר דהרמב"ם לפי פי' הה"מ והרמב"ן בחי' והסמ"ג והכ"י וריו"ו והרמ"ה בחידו' והרא"ש ז"ל בחי' הנז' כלהו סברי כהראב"ד והוו רובא דרבוותא וכ"ש אי נימא דהאי ויש מי שאומר לא פליגא וכמ"ש סמ"ע בסי' כ"ו שכן דרכו של מרן ז"ל וכ"ש היכא דוגיד עליו רעו הסיא דסעיף ט' דנראה כסברת הראב"ד דסבא והנס שהרב מהכרת ז"ל עשה ג' חלוקות לדעת מרן כאשר נתבאר מ"מ לדידי אחרי נשיקת עפ"ר יותר נראה לי דמרן ז"ל בעת שכתב בש"ע חשב דש' מחודשת היא להכי כתבה בלשון ויש מי שאומר ולא נזכר מדברי ה"ה שפירש כן בדעת הרמב"ם וקוי כשאר מקומות שכתב סמ"ע סי' כ"ו כנ"ל להלכה אבל מ"מ הא לא חברא לכ"ד שהרי בתבו שביון שהמלוה הזכיר בפירוש לעדים וא"ל מוסף על זה קנו וכו' הא עדיף עא"כ מהיכא שא"ל כתבו בכל לשון של

זכות וכו' שכתבו התו'. וטוב שיכתבו וקנינא מניה מוסף וכו' דמשמע דלכתחילה עדיפא טוב אבל בדיעבד אינו מעכב. וכן ראיתי להרא"ש הובא דבריו בש"מ הנז' דו"ר סע"ג שכתב דיש לתמוה על הגאונים שתקנו לכתוב וקנו ממני בכל לשון של זכו' והיה ראוי לכתוב וקנינא מניה מוסף וכו' ושמא י"ל כיון שכתוב בו בכל לשון של זכות משמע יפוי כח ע"ש הרי דשני אפילו באומר כתבו בכל לשון של זכות אפילו לא הזכיר יפוי כח כלל וכ"ש בנ"ד שאמר בפירוש ומוסף על זה קנו וכו' והגם שכתבו העדים שבכח קנין סודר זה נתן וכו' אפשר לפרשו בדוחק דה"ק שבכח קנין סודר זה האמור למעלה שהוא מוסף נתן וכו' לא בדוקא בכח הק"ס ויש לדייק תיבת זה האמור בדבריהם שלא כתבו בכח ק"ס נתן אלא בכח קנין סודר זה לפורות זה שהוא ליפוי כח כאמור לעיל ואם נפשך לומר דאין זה במשמעות כלל אמינא לך דכגון דא תלינן בטעות שטעו העדים וגדולה מזו ראינו בתשו' מרן ז"ל בס' אבקת רוכל סי' פ"ג על מתנת ש"מ שהוא נותן כמ"כ כתב עלה אפשר שהוא טעות שחשב ליפות כחו באומרו שהיא מתנת בריא הו' הסופר טעה וכתב מתנת בריא מדעתו ולפי האמת היא מתנת ש"מ שבאמירה היא נקנית ע"כ הרי דתלינן בטעות הסופר ומתקנינן המתנה שהיא עשויה כהוגן והגם שראינו להרמ"ה ז"ל בתשו' סימן מ"ח דפליג עליה דמרן ז"ל בזה ת"מ הרואה יראה שם דלהלכה פליג עליה ולא למעשה שהרי עבד בה עובדא כפסקו של מרן ז"ל הגם שבהגה בסי' ר"ן ס"ע רמז דין זה וכתב דאם לא היה בה קנין המתנה בטילה כנ"ל עכ"ל ואיך שיהיה אנן בתריה דמרן גרירן ואפשר דגם כמ"ש בתשו' כאשר כ"כ מקלת מהאחרונים ושוב בחפשי ראיתי להרב אדמת קדש בח"ב ח"מ סי' ט' בנ"ד במתנת ש"מ שכתוב בה מעתה ומעכשיו וכתב שם בדס"א דע שלכי היה אומר לי שתי' אלו של מתעה ומעכשיו הכתוב במתנה הן הנה לשון הסופר שהוסיפן מדעתו ליפוי כח מקבלי המתנה כן היה סובר הטעה הדעת הסופר שלו ולא ידע שבכל המוסיף גורע ותקנתו קלקלתו וט"ס הוא ומגרעות נתן וכו' ובסוף דבריו הביא תשו' ותשו' מור"ם עליו וכתב דבעל הריב הודה לענין מעשה וכתב אחר כך האמור מעתה תי' אלו דמעתה ומעכשיו הכתובה בלואה דנ"ד לא מגרעי כח של מקבלי המתנה וכו' שמתשובת מרן יש ללמד זכות לכל מ"ש בלואה דנ"ד שזוכין מקבלי המתנה לס' מרן ותשובה בעוניו תשובה זו דמרן בתשו' הרשב"א והרא"ש והגאונים ז"ל ומניה לא תזוז עכ"ל הרי שאפילו בתיבות מעתה ומעכשיו דלפעמים רולא שמלוה להיות כן באמת אפ"ה דן הרב ז"ל שאפשר לתלות בטעות העדים כ"ש וק"ו בהאי ליסנא דנ"ד דאשתני לגריעותא ממה שמלוה ואמר בפירוש ומוסף על זה קנו וכו' והם הפכו הקערה על פיה וכתבו דבכח הקנין סודר נתן וכו' ואין ספק כי הוא טעות הסופר ומה שחשב ליפות כח שמקבלי' בתוספת לשון נהפוך הוא ולא מפני שטעה הסופר והוא לא ידע נבטל הלואה שהיא ת"מ ובהיותי עסוק בזה האיר ה' את עיני ומצאתי ג"כ תשו' בכיה"ק מהר"מ ן' חביב ז"ל בלואה של הר"י ברוך כ"ע שכתבו עליה הרב ד"ן בתשו' סי' כ"ס ומהרמ"ג שם סי' כ"ו והאריך הרב מהרמב"ח בתשו' הרמתה ובתוך התשובה הנז' הביא תשובה זו דמרן ז"ל ותשו' מור"ם ז"ל וכתב דמ"מ י"ל דע"כ לא קאמר מור"ם ז"ל דלא תלינן בטעות אלא דייקינן לה כמתנת בריא כדמוכח הלשון הכתוב בשטר הלואה אלא דוקא כשכתוב בשטר שתמה ואין שום הוכחה בשטר דהוי מש"מ ומלוה מחמת מיתה אבל כשיש הוכחה בשטר דהוי מלוה מ"מ מודה הוא דתלי' דמה שאמר דעכשיו הוי טעותא וכו' ואם כן בנ"ד דיש כמה הוכחות בשטר דהוי מש"מ ומלוה מ"מ וכו' דהן הוכחות שרירו' וקיימות דלמתנת ש"מ ומלוה מחמת מיתה אכוון אלא שטעה הוא והעדים דאמרו דוסיה הקדם גמור מחיים מעתה ומעכשיו וחשבו דבזה יהיה יפוי כח ולא מפני טעותם נבטל הלואה עכ"ל ומינה אתה למד בק"ו שאנו רואים מפורש יוצא מפי המלוה דהקנין ליפוי כח היך מפני שטעה הסופר נבטל דבר המפו' בלואתו ובזה כ"ע יודו אפילו מור"ס ומהר"מ מפדוו' אשר סמך את שתי ידיו עליו ולע"ד שהדברים ברורים ומאורין כשמלה וכ"ש וק"ו אם באנו לדון מתנה דנ"ד דדינה כמתנת בריא כאשר הוכחנו לעיל דאין מקום להצריך יפוי כח למתנת בריא כאשר הדבר מבואר דדוקא למתנת ש"מ דלא בעיא קנין אלא באמירה בעלמא שני ובשיש בה קנין חיישינן דלא גמר להקנות וכו' מש"ה בעי יפוי כח להורות תוס' על המתנה אבל במתנת בריא אדרבה בלא קנין לא מהני ומה צורך ליפוי כח ואם ראה תראה למהר"י הדרכי ז"ל בתשו' סי' תי"ד שכתב וזה לשונו באופן שעלה בידינו שמתנה זו כיון שכ' בה מעכשיו צריכה קנין בלשון יפוי כח ע"כ הרי שכ' דמתנה שכתוב בה מעכשיו דהוי כנ"ד צריכה יפוי כח אל יקחך לבך שהרי כבר מהרק"ש ז"ל בח"ב סי' י"א כתב עליו שאינו בדוק יע"ש וגם זה פשוט:

ומעתה הבה נא אבא לספק הב' שנסתפקנו בו כמ"ש בדברי המלוה ואגב שקרקעות הנז' וכו' הקניתי ונתתי להם גם כן כל המטלטלים וכו' ושלף שכירות הבית דהבא כלו והקעורים שיש לי על הבית וכו' ויש לחקור אם דברים שללו נקנים באגב אם לאו והנה הסברא נותנת והלב גומר דאין דברים אלו נקראים חוב אלא אחרים ואם באנו לומר שנקראים חוב הגם שיש קצת מהפוסקים דסברי דיכול להקנות חוב אג"ק כאשר כתב במרדכי פ' הגוזל קמא ובפ' הכותב בשם ראב"ם ומור"ם בסי' ס"ו סכ"ו עי"ש מ"מ לדידן לא ס"מ מדי שהרי כתב מרן סי' ר"ג ס"ע וז"ל אבל ראובן שיש לו חוב על שמעון והקנה ללוי קרקע ועל גבו החוב לא קנה החוב ע"כ וכ"ש השלף שיש לו על הבית שלא ניתן לפריעה כלל כי אם בתשלום שני השכירות תחזור הקרקע לבעלים אם כן אין זה אלא מחמת קרקע דשכירות ליומיה ממכר הוא וקרקע המושכר דינו כקרקע ממש ואדרבה קונין מטלטלין אגבו וכמ"ש בעל העיטור מאמ' ג' ובעה"ת שמ"ג וכן כתב הרשב"א בתשו' סי' תתקל"ד עי"ש ואם כן סברא הוא דהוי כקרקע והרי קי"ל דאין קרקע נקנית אגב קרקע וכמ"ש מרן סי' ר"ב ס"ו וסימן רמ"ת סי"ב

סי"ב עי"ש ולא די בזה אלא דגם ריעותא אחרת אני רואה בקנין זה דאג"ק והוא שכתבנו בתחילת דברינו ממ"ש בתשוב' הרשב"א סי' תתפ"ב ש"מ שנתן קרקעות ואגבן כל נכסיו לא זכה המטלטלין מפני שלא קנה קרקעות עד לאחר גמר מיתה והרי זה כמקנה מטלטלין אגב קרקעות של עצמו שלא קנה ע"כ ומור"ם ז"ל סי' ר"ן סי"ז פסק לתשובת הרשב"א הנז' בלי חולק עי"ש ואם באנו לומר דנ"ד לא דמי כלל לההיא דהרשב"א דשאני נ"ד דהוי מתנה במעכשיו ושפיר קנו קרקעות ואגבן המטלטלין אנן מה נענה בהא דכתבנו לעיל משמיה דמרן בתשו' דפסק דכל שאנו רואים שהוא ש"מ ומלום מת"מ אנו דנים בטעות הסופר שכתב בה מתנת בריא או מעכשיו וכן דן הרב א"ק כאשר כתבנו דבריו לעיל וא"כ האי מעכשיו דכתיב במתנה דא להבל דמה ול"ק קרקעות עד לאחר גמ"מ ול"ק מטלטלי' ואיך: שיהיה קמייתא קשיא דקי"ל דאין קרקע נקנית אג"ק מיהו גם על זאת ראיתי למרן ז"ל בב"י סי' קל"ה מתו' ב"ה שהביא תשו' הרשב"א שכתב וז"ל ומה שטען שאין המתנה מתנה מפני שלא נקנה אלא באגב ואין הקרקע נקנה באגב אין טענתו טענה שהרי כתוב בסוף השטר וקנינו על כל מאי דכתיב ומפורש לעיל ואין לאחר קנין כלום כדאמרינן פרק חזקת השותפין מעידין זה לזה וכו' ופרקי' כשקנו מידו אלמא אלים כח הקנין ומגופה של קרקע קנו מידו מיהו כך קבלתי ממורי הר"י דדוקא כשהקנין בא באחרונה וכו' עיין שם וראיתי למהרח"ש בח"א סי' ל"ג שהביא דברי הרשב"א הלו שהעתיק מרן הב"י וכתב והנה הרב"י הביא אותה תשו' בקוצר וזה ימים ראיתיה בב"י דנ"ד מתוכה דטעמא דמלתא משום דהתם קנין אחד מתוך ל' המתנה ואם לא יועיל מצד האגב יועיל מצד הקנין האחר זה מה שרשום בזכרוני ונראה הכונה עם היות שכתוב בתחי' שהקנה לו אותו קרקע אגב דא"ק ואין קרקע נקנה באגב מ"מ כשכתב לבסוף וקנינא וכו' אלים כח הקנין ומגופא של קרקע קנו מידו עי"ש ואני אומר דדבריו נאמנו מאד מתשו' הרשב"א שהביא מרן ב"י סמוך לזה שהיא במיוחסות שהם מתורתו של הרשב"א כנודע דיהיב שם טעמא משום דהזכיר ב' קנינין אקניה וקנינא מיניה בנ"ד שתשו' זו של הרשב"א היא בח"ב סי' ש"א יעש"ב אכן על האמת דיש יותר פירוש מ"ש במיוחס על מ"ש בתשו' זו דמהתם שמעינן דכשאמר המלוה קנו ממני וכו' ואחר כך כתוב בסוף השטר וקנינא מניה וכו' הרי אלו ב' קנינים ומהנו ליפוי כח המקבל הגם דלא היה מהני הקנין כגון מקנה דירת בית מ"מ הקנין שבא לבסוף שכתוב בו וקנינא וכו' מהני לומר דמגופא של קרקע קנו מידו והוי כבית לדירה והגם דלכאורה נראה שסדבר חמוה דהא מ"ש בסוף וקנינא וכו' הכונה דעשו עדים שליחותם דקנו מיניה כאשר ליוה וכן הקשה מהריב"ל בתשו' בח"ר סי' כ"ה וכתב דיש לתרץ ולומר דס"ל דאם היו העדים חותמין באותו השטר שכתוב בו וקנו ממני אפילו שלא היה כתוב באותו שטר וקנינא מניה אפ"ה הוה שני דכיון דקמסהדי דאמר להם שיקנו ממנו ותחמו באותו השטר קוקה עשו עדים שליחותם והי לאו דקנו

מיניה לא הוו חתמי עכ"ל כ"ת טובא לנ"ד כיון שכתוב בתחילה קנו וכו' ובסוף השטר כתוב וקנינא מינים וכו' דמועיל סוברת שני קניינים ליפוי כח המקבלים אף שהלשון הא' היה גרוע שהרי כתוב בו קנין קרקע אגב קרקע דלא מהני אתי' הענין שכתוב לבסוף וקנינא מיניה וכו' ליפוי כח המקבלי' לומר דמגופא של קרקע קנו מידו והו"ל כאלו הקנה הכל בקנין סודר דמהני להקנאת כל הקרקעות הנז' לעיל וראיתי למהר"א ששון ז"ל בתשובה סי' קל"ב שקיים מתנה דנ"ר מכח תשו' אלו של הרשב"א ז"ל יע"ש .

האמנם עדין לבי מהסס מאד בנוסח שטרא דנ"ד שכתוב בו ובכן אנן ספרי דח"ל קנינו מידו בקנו"ש וכו' בכח ק"ס זה נתן במ"נ מעכשיו לבניו וכו' כל חולק שיש לו בא"ר"ן יע"א ובפרט החצרות והבתים והמכואן הידועים לו שיש לו שלאף עם הקעידיה והולאות שיש לו על הבית וכו' ע"כ הרי שבמעשה הקנין שעשו וקנו מידו הזכירו שקנה שכירות הבית והקעידיה באגב והרי נמלא שתקנתו קלקלתו ואלו היו כותבים סתמא וקנינו וכו' בכח קנין סודר זה נתן כל הנז"ל שפיר הוא דמה שהקנה למעלה באגב חזר אחר כך והקנה בק"ס ואלים כח הקנין והב' קנינים שעשו הוי ליפוי כח אבל השתא דנוף הקנין שעשו הוא מקולקל שקנו מידו דהקנה אלו באג"ק מאי ופוי כח איכא גרועי גרעים ואפשר דבכגון דא גם הרשב"א יודה דלא מהני וכן מבואר בתשו' הפמ"א בח"א סי' י"ג דף ט"ל ע"כ חדא ועוד קאמינא דאעיקרא דמילתא נראה שדברי הרשב"א ז"ל בתשו' הנז' רבים דפליגי עלייהו והנה שראיתי להמבי"ט ז"ל בח"א סי' רכ"ט שנשאל על שטר מתנה שכתוב בו שהקנה לפ' קרקע אגב ד"א קרקע וכתב הרב בתשו' דהמתנה קיימת דלא אמרו אין קרקע נקנה אגב קרקע אלא כשהחזיק בד"א או אינו נקנה קרקע אחר אגבן אבל כשהקנה לו ד"א בק"ס ואגבן הקנה לו קרקע אחר נקנה הקרקע האחר בק"ס וקנה שניהם בכח הק"ס ואע"ג שאמר בפירוש שיקנה באגב זהו ת"ד וראיתי להרב אורים גדולים לימוד קפ"ו שהביא דברי המבי"ט בשטר מתנה יע"ש גם הרב מהר"ח ב"י ז"ל בתשו' כי באה בזרע אברהם ח"מ סי' ו' דע"ז ע"א הביא תשו' הרשב"א במיוחסות וכתב דהגם דמהריב"ל בח"ר סי' כ"ז פקפק בזה וכתב בסוף דבריו דהוא סבור ששאר הפוסקים פליגי עליה וכו' הנה על כל אלה מלאנו לכמה מרבוות' שתפסו כדברי הרשב"א ז"ל אלו לפסוק הלכה ס"ה מהרא"ש סי' קל"ג ומהרש"ח סי' י"ג והדר כיה ממ"ש בתשו' סי' ח"י עכ"ד ואני או' דאחרי בקשת המחילה מכבודם לא מלאו אנשי חיל כי רבו כמו רבו החולקים בזה כי שמעיין בתשו' מהר"ש אלשיך סי' פ"ז שנשאל ענ"ד דהמבי"ט ז"ל הנז' הביא ד' המבי"ט בשם אחד קדוש מדבר שהביא ראיה זו דתשו' הרמב"ן ז"ל ודחה דבריו וכתב דרבינו האיי גאון חולק אדבריו וכמ"ש מרן בב"י גם הרמב"ם ז"ל חולק גם הביא שם כמה מהפוסקים שחלוקים בזה עי"ש וגם הרדב"ז הסכים על ידו דמהרמ"א עי"ש גם מהר"ש הלוי ז"ל בתשו' בח"מ סימן ל"ה כתב דרבו החולקים על דברי הרמב"ן גם מהר"ש

לדור בתשו' סי' ד' הביא כמה פוסקים שחולקים בזה גם הרב פמ"א בתשו' בח"א סי' ט' וי"ג ובח"ב סי' נ"א הביא חולקים על דברי הרמב"ן בזה יעו"ש גם מהרח"ש בתשו' הנ"ל ח"א סי' נ"ג כתב דחולקים על דברי הרשב"א יעו"ש ומה גם דמלבד שמהריב"ל בתשו' הנז' הקשה אדברי הרמב"ן הנז' וכתב שאינם מוסכמים עוד אני רואה למהר"ש יונה בתשו' ש"י למורה סי' כ"ט שהרבה להשיב אדברי הרמב"ן בתשו' הנז' ועי"ש בסי' ל"ד גם הפ"מ בח"א סי' ס"ו דקנ"ט פקפק בתשו' הרמב"ן הנז' וכתב דיש לדחק בדברי הרמב"ן דב' קנינים שכתב הוי כשכתוב בשטר ב' פעמים וקנינא גם הרב מהר"י עיאש בתשו' בני יהודה ס"י דעתו כן דלא כתב הרמב"ן דב' קנינין מועילין ואילו אלא כשנעשו בפועל דקנו מיניה ב"פ יעו"ש הגם שאין דבריו ברורים באשר הסכימה דעת הפ"מ הגם דקמי' כתב דיש לדחק כן מ"מ כתב אח"ך דיותר נוטה ד' הרמב"ן כי במ"ש קנו מידו וכו' ואח"ך כתבו העדים וקנינא וכו' מיקרי ב' קנינין כי כך הם ד' רשב"ש יעו"ש והנה כי אחר העיון בדברי הפוסקים והדיוקדוק בדברי הרמב"ן ז"ל נראה דלאו דוקא שני קנינין בעי אלא כשהקנין כתוב באחרונה שני. ומ"ש שני קנינין לרבותא נקטיה דלא אמרי' דהקנין שכתוב באחרונה לא מהני שהוא חוזר לבאר שעשו שליחותן כמו שאמר להם קנו מידו וכו' וא"כ לא מיקרי קנין באחרונה קמ"ל דאפי' הכי מהני וכן יש להבין מההיא תשו' של הרשב"א שבח"ב סי' ש"ה שכתבנו לעיל שכתב דקיבל מרבו ר"י דכל שכתב הקנין באחרונה הוא מתקן ומקנה גוף הקרקע ועו"ש.

ונראה ברור דלא בעינן שני קניני אלא בחד קנין באחרונה שני ומוכרח כמ"ש במיוחסות שני קנינין לרבותא וכמ"ש מ"מ גם בזה אין דבריו מוסכמים ורבים פליגי עליה דהרשב"א בזה וכ"ש וק"ו בנ"ד דהקנין הכתוב באחרונה הוא גרוע וכמ"ש דקנו מיניה שהקנה דברים שו שהם קרקע כהנב ולא מהני ושו היה כתוב שמתא וקנינא מיניה על כל מאי דכתוב ומפורש לעיל שפיר הוה מהני לדעת הרשב"א אבל השתא שכתבו וקנינא וכו' הנבן וכל שכירות הבית וכו' הרי דקרי בהיל דשכירות הבית הקנה כהנב שא ודאי ולא מהני וכמו שכתבתי לעיל ומלאתי מבואר בתשו' הפמ"א סי' י"ב וא"כ כל כי האי מגן שוא ולא מהני הקנין

האמנם מדברי מהריב"ל ז"ל בתשו' בח"ג סי' מ"ב נראה דלא ס"ל הכי דבנ"ד הוה עובדא בש"מ שליוה שתדור אחותו בביתו והזכיר הדבר ב"פ וכתב הרב בתשו' ויש להסתפק בנ"ד מההיא דכתב הרמב"ן סי' ס"ז וכו' ובנ"ד דהוי ש"מ הפשר לומר דכיון דקאמר שידור באותו הבית שני פעמים הו"ל כשני קנינים בבריא עכ"ל ולפי מה שכתבנו גם בבריא אם קנו מידו ב"פ בלשון גרוע לא מהני ולא מידי ומינה בשכיב מרע שאמר ידור שני פעמים דלא מהני אלא ודאי דסבר דבאיזה לשון שיהיה מועילים הב' קנינים וכן הבין מדבריו הרב פמ"א שם יעו"ש ע"כ נמצא ותע"ד וכו'

סי' י"ט נשאלתי על ראובן שמטה ידו ונצרך ללוות מאלמנה אחד מעות בתורת עיסקא ושו"ח בהכשר ועניין שהכשר הוא שמכר לאלמנה הנז' כמה משקלות של כלי נחושת ושוב שכרם ממנה ונשארו הכלים אלו משתמש בהם ונותן להאלמנה בו"כ לחדש שכי' הכלים הנז' ואחר כך נפטר ראובן הנז' ובאה האלמנה הנז' לתבוע הכלים הנז' או מעותיה ותפסה הכלים אלמנתו של ראובן באומרה כי שעבוד כתובתה קודם והיא רוצה לגבות כתובתה ואם ישאר הנכה האלמנה הנז' המטלטלים הנז' ואם לא ישאר היא קודמת יען שכתובות שלנו שעבד מטלטלי אגב מקרקעי יורנו המורה הדין עם מי ושכמ"ה.

תשובה לענ"ד הדבר ברור שהדין עם אלמנת ראובן והגם דקי"ל דמפני תיקון העו' אין גובין מטלטלין שמכר או נתן או משכן וכמ"ש מרן בח"מ סי' ס' ע"ש מ"מ בנ"ד דכיון דהכתי המטלטלים קיימי ביד האלמנה ולא הגיעו ליד לוקח אין כאן ת"ה וכמ"ש הפ"מ בח"א סי' י"ד על מי שנתן במתנה בדין לנכרו ושוב מת והאלמנה תפסה המטלטלים דאין מוציאין מידה דבהא ליכא ת"ה כיון דהוי מלתא דלא שכיחא ע"ש וה"ה בנ"ד גם מהר"ש אלשיך בתשובה סי' קכ"ד כתב וז"ל שלא אמרו ת"ה אלא היכא שבאו המטלטלין ליד לוקח אבל הוכא דעדיין הם ביד המוכר וכ"ש ביד הנלוים של מוכר שאין צריך להוציא מיד הלוקח ודאי שנעמידם על ד"ת וגובים מהם וגדולה מזאת כתב הרא"ש במכירת שטרות ע"ש עכ"ד וכן נראה דעת המבי"ט בח"ג סי' נ"ד ע"ש.

והגם כי הרב בעל ש"ך בח"מ סו' סי' קכ"ו הביא תשובת מהרמ"א ופליג עלה ע"ש מ"מ היכא דכתובת האלמנה מוקדמת לבעל חוב לא פליג עלה הרב ש"ך בפשיטות אלא שכתב שגם בדין אם היתה קודמת אני חוכך בזה וכו' משמע דלא פשיטא ליה כל כך ואם כן לא מכחינן ספקו של הרב ש"ך לפני ודאו של מהרמ"א ומכ"ש דהרב המבי"ט והפ"מ קיימי כשיטתיה גם הרב גינת ורדים ח"מ כלל ה' סי' ו' דקכ"ח חלק על הרב ש"ך בכן וע"ש בסי' ט' דקל"ח ע"ש והגם שימלא איזה פוסק דמסייע ליה להרב ש"ך בכן הנה בנ"ד האשה אלמנת ראובן היא המוחזקת ויכולה לומר קים לי ומכ"ש שהיא המוחזקת מריכה והאלמנה שבאה להוציא באה מכח התקנה שבודאי שאינם יכולים להוציא דכל שיש ספק בתקנה אין לנו להניח ד"ת מפני ספק תקנה וכמ"ש מהרשד"ם בח"מ סי' קפ"ט ע"ש גם מהרא"ם ז"ל בח"ב מתשובותיו סי' ל"ד אזיל בשיטת מהרמ"א שכתב וז"ל אבל אם ר"א קרקעותי חייב את הר"א הנז' או אם הוא מוחזק בה עכשיו וטוען שר"א חייבו זכה הר"א בחנות מפני ת"ה כיון שנתנה לידו דהיינו טעמא דמשכון שהוא בכלל התקנה משום שנתן ביד מי שהוא בידו ואין בעל חוב מוציא מידו עכ"ל מש' דעיקר ת"ה היא משום שמסר בידו אבל היכא דבידיה קיימי אין כאן ת"ה וכן נ"ל לדון ולהורות

ואגב הרחין עמדתי על מ"ש הרב התבו"ש בסי' קכ"ו הגהב"י אות י"ד שהביא דברי הרמ"א

הרמ"א בתשובה הנ' שהדין עם לוי ומוציאין מש' הפקדון שנתחייב לו. כמ"ש וכו' ע"ש · ובאמת כ"כ הרב מהרמ"א בתחילת דבריו אבל בסוף כתב דמטעמא אחרינא הדין עם שמעון בין אם הוא מוקדם או מאוחר דבכי האי גוונא לית כאן ת"ה עכ"ל ואם כן איך הרב העתיק תחילת דבריו דלדינא לא קיימי והגם דלטענת קנין בטעות ושקנה כמ"ש כדין דברי מהרמ"א אמת מ"מ לענין להוציא מיד שמעון אין כן האמת ואיך סתם הרב הדברים וצ"ע אך אמנם אחרי כותבי כל זה בחפשי באמתחות ספרי הפוס' ראיתי בתשובת פרי הארץ ח"ב בח"מ סי' י"א שהביא דברי הפ"מ הנז"ל וכתב עליו והיכרא דגם בזה דן אנכי ומגמגם אני בה שהרי מלינו להגאון מהריק"א ברוכי בתוכה סי' ו' שנשאל במי שמכר שפחה והניחה הלוקח בביתו של מוכר ואח"ך מת המוכר ותפסה האלמנה השפחה שהיא בעד כתובתה ועלה מרן דמכח ת"ה אין תפיסתה מועלת יע"ש וזה הוי הפך דברי הרב פ"מ וצ"ע יע"ש ואם כן לדידן דקבלנו דעת מרן ז"ל בכל הוראותיו דינא הוא דאינה יכולה אשת ראובן לתפוס מכח קים לי נגד מרן ויכולה האלמנה להוציא מידה הכלים הנז' ·

ברם כשאני לעצמי לדידי אין מדברי מרן ז"ל בתשובה זו שום הכרע ולק"מ להפ"מ ז"ל די"ל דלא כתב כן מרן אלא בכ"ר דאפי' שהאלמנה היתה בשפחה ולא בשאר מטלטלים דלא ניידי וי"ל דלא אמרוה הפוס' הנז' דהיכא דהבעל חוב הוא תפוס שוא קודם ללוקח אלא בשאר מטלטלים דלא ניידי אי משום דלא שכיחא שיניח הלוקח מטלטליו אצל המוכר ולא עשו בה תקנת השוק אי משום דעיקר זכיית הלוקח היא במה שתפיסו המוכר ואין מן הדין להוציא מידו וכל זה לא נאמר אלא בשאר מטלטלי דלא ניידי אבל בעבדים ובהמה דרגלים לדבר רגליהם ול"ו יהלכו אפשר לומר דכל שמכר או נתן הגם דחזינא בתר הכי דהעבד או השפחה הם ביד המוכר אכתי תקנת השוק במקומה עומדת דמאן לימא לן שהמוכר לא מסרם ללוקח ושוב מעצמם הלכו להם לבית המוכר ואין זה מיקרי תפוס עדיין ביד המוכר או ביד בעל חוב כיון דאפשר דהם מעצמם הלכו להם · וכזאת ראיתי לספ"מ ח"א סי' ל"ה שנסתפק הרב בתפיסת השפחות אי מיקרי תפיסה כיון דניידי ודמי לבהמות דתנן שנודרות אין להם חזקה דאפשר דמעצמם הלכו להם ואף דכשנכנסו הלוה עצמו או ע"י כ"ר הוויא תפיסה והנכנסת הוי כנכנו ממש וכמ"ש הרא"ש בכלל ב' סי' כ' היכא שתפסו הבעל חוב מעצמו נסתפק הרב אי הוי תפיסה או לא ע"ש וגדולה מזאת ראיתי להרב בני יעקב בתשובה סי' ד' ולמהר"א הלוי ז"ל שם באו"ח תשובה שעלו שם בהסכמה דהיכא דתפס עבד או בהמה אינו יכול לומר קי"ל דבעבדים שייכא תפיסה ואי נימא דהוי ספיקא כל שיש ספק בתפיסתו אינו יכול לומר קי"ל עכ"ל ואם כן יכולין לומר שלא כתב מרן דאין תפיסה מועלת אלא דוקא בכ"ד דהיא שפחה אבל במטלטלים דלא ניידי כל שהם ביד המוכר אפשר שמודה להקת הפוס' דסברי הכי דלא עשו בזה תקנת השוק ·

ואם לחשך אדם לומר דהשתא דאתית להכי אדרבא נימא אנן דבעבדים ובהמה לא יש ת"ה כלל אפילו שנמצאו ביד הלוקח כיון דאפשר דהם מעצמם הלכו להם הא ליתא כיון דקי"ל דבמילי דרבנן עבדא כמטלטלי דמי לא חולקו בו נ"כ בת"ה וכמו שהאריך בזה הרב מהר"א ששון ז"ל בתשובה סימן רי"ח עש"ב וגם שמהרשד"ם בתשובה ח"מ סימן רי"ב כתב דבעבדים לא עשו ת"ה כלל כבר כתב עליו הש"ך בח"מ סימן שנ"ו סק"ד דאין דבריו מוכרחים יעו"ש אך מ"ש הש"ך וז"ל ובתשובת מהרא"ש סימן רי"ח כתב דעבדא כמטלטלי לענין ת"ה. צ"ע עכ"ל ולוקא דבתשובה מהרא"ש מבואר דפשיטא ליה בבירור דעבדא כמטלטלי דמי לענין ת"ה ע"ש ואולי ט"ס הוא וכ"ל ול"ע והיא מדברי הש"ך שר"ל שהיא צ"ע לדינא וק"ל · גם מהרש"ך בח"א סימן פ"ז דעתו נוטה דעבדא כמטלטלי לענין ת"ה עש"ב גם בתשובת קוהא"ת ישרים סי' כ"ה דעתו כן דבמילתא דרבנן עבדא כמטלטלי ע"ש ובסי' כ"ד יע"ש ולא עוד אלא שגם כדעת מהרשד"ם כתב מהריק"ש בערך לחם סי' שנ"ו וז"ל ונראה מדברי רשד"ם דע"כ ל"ק דלית בה תקנתא אלא לענין גניבה דלא שכיחא שיגנבו שפחה דפעיא אבל לענין טורפא או גזילה הויא כשאר מטלטלין עכ"ל יע"ש ·

ואיך שיהיה נראה דעת כל הפוס' שהסכימו דבעבדים יש בהם ת"ה וא"כ אין תפיסת המוכר הוויא תפיסה דאפשר שמעצמם הלכו מה שא"כ במטלטלי דלא ניידי אפשר דגם מרן יודה דאין בהם ת"ה ואף אם יהיה ספק הדבר כדעת מרן ז"ל מ"מ נראה דיכולה האלמנה אשת ראו' לו' קי"ל דכן דעת מרן שהוא דעת רוב הפוסקי' המדברים בזה ה"ה מהר"ם אלשיך והמבי"ט והפ"מ ומהרא"ח והנו"ר ודלא כהש"ך ודוגמא לזה כתב הרב התכי"כ בכללי הקי"ל אות ג"ט וז"ל פוסק שסוברים דבריו שני פירושים יכול המוחזק לומר קי"ל כהאי פוסק כפי זה הפי' יע"ש בשם כמה פוסקים ומכ"ש וק"ו בכ"ד שאשת ראובן היא טוענת מכח הדין והאלמנה שבאה להוציא מידה באה מכח התקנה · וגדולה מזאת כתב מרן ב"י סימן ס' בפלוגתא דהרשב"א והרא"ש אי במתנה עשו ת"ה וכתב דקי"ל כהרא"ש ועוד דלהרא"ש מוקמינן ממונא בחזקתיה עכ"ל · הרי דהיכא דהוי מוחזק אף שהוא מוחזק וכא מכח התקנה והבא להוציא מידו בא מכח הדין אוקומי ממונא בחזקתיה עדיף ומכ"ש היכא שהוא בא מכח הדין והבא להוציא מידו בא מכח תקנה ודאי דאוקומי ממונא בחזקתיה עדיף ועיין למהר"י באסאן ז"ל בתשובה סימן נ"ו שהק' על הב"י בזה כיון דמכח התקנה הוא בא מה שלא התקינו בפי' אפי' תפס מוציאין מידו והביא ראיה מהרא"ש ומדברי הה"מ פ"ד דגזלה יעו"ש ושוב חילק בין היכא דתפס אחר כך בין אם היא תפיס תפיסה מעלייא מקודם וזה בא להוציא מידו דבזה אין מוציאין יעוש"ב מכ"ז שכתבתי נ"ל דאין יכולה האלמנה להוציא מיד אשת ראובן כיון שכמה פוס' סברי הכי ויכולין אנו לו' שכן דעת מרן

ואל יקשה לך ממ"ש הרא"ש ז"ל בתשו' כלל ע"ח סי' ג' לחלוק על ר"ת וכתב בתוך

התשובה

התשובה וז"ל וגם לדברי ר"ת היינו היכא שכתב נכסיו לאחר והחזיק המקבל בנכסים הכל כנדון זה שכתב נכסיו לאחר ואין בנכסים זוזי מת"י אין זה אלא תחבולה ועורמה להפקיע ממון אחרים ולא ימלאו ממה לגבות וכו' עכ"ל ולכאו' היה מקום לו' דאי איתא דס"ל להרא"ש כס' הפוס' דסברי דהיכא דהממון תחת ידו ליה בה ק"ה א"כ למה ליה להרא"ש טעמא דמבריח ת"ל דאפי' כיון למתנה גמורה כיון שאין הנכסים זוזי מתחת ידו בע"ח גובה מהם כיון דאין כאן ק"ה אלא ודאי דלא ס"ל הכי אך במעט עיון נראה דליתא כלל דנעשה זה אינו מספיק אלא היכא דכתב ליה לב"ח מטלטלי אג"מ דמן הדין גובה מטלטלין שמכר או נתן ומכח תקנה הוא גובה והשתא דאתינן הש"ך ביד שנותן בע"ח גובה מהם הכל אם היה עליו מע"פ או בשטר ולית ביה שעבוד מטלטלין אינו גובה כלל אבל מטעמא דמבריח אפילו אם היתה מע"פ גובה מהם כיון דאין זה מתנה כלל אלא ערמה ותחבולה וק"ל:

וחשבתי דרכי לזכות האלמנה מטעמא אחרינא יען כי נודע לי מפי השו"ב דראובן בעת שמכירה לא היה כלי הנחושת שמכרם לשמעון שמ' אלא בפתח מכר לה כו"כ משקלות כלי נחושת ואם כן השתא הכא כיון דאין בהם סימן שמטלטלין אלו היו בידו מקודם שמכר הו"ל כלוה ולוה ואחר כך קנה דקי"ל דיחלוקו וכן כתב מרן הב"י בח"מ סי' ק"ד ופסקו בש"ע שם וז"ל שיעבד לו מא"מ דינן כמקרקעי ואם קדם המאוחר וגבה מוציאין מידו והוא שנתברר בעדים שמטלטלין אלו היו בידו קודם שלוה אבל אם לא נתברר כן בעדים מחזקינן להו כלוה ולוה ואחר כך קנה דקי"ל דיחלוקו ואם קדם הב' וגבה זכה ואם קדם המאוחר וגבה מעות אין מוציאין מידו שהרי מטבע אין בו סימן וכו' ע"ש ואם כן ה"נ כיון דמטלטלין אלו אין בהם סימן ואין כאן עדים שהיו בידו קודם שלוה מחזקינן להו כלוה ולוה ואחר כך קנה דקי"ל דיחלוקו וגם דכתובת האשה כפלי כפלים ממעות האלמנה מכל מקום חולקים בשוה בנכסי הלוה וכמו שכן השכימו הרי"ף והרמב"ם והרא"ש כמבואר בטור וש"ע סימן ק"ד ואם כן האלמנה זו חולקת עם האשת כן דהו' שוה בשוה וכיוצא בדבר זה ראיתי בתשובה מהר"ש בן חביב ב"י שנשאל על אלמנה א' שמסרה לה"ר בנימין י"ר מקהלים זהב שימכרם ע"י ה"ר אהרן שהוא הולך לעיר אחרת וכן עשה וה"ר אהרן לא הספיק לשלוח לה"ר ב' דמי הזהב עד שנלב"ע והאלמנה תובעת מאחיו של הר"א דמי הזהב והיא טוענת שכתובתה קודמת והאריך שם ולבסוף כ' ועוד יש טעמא אחרינא דאפילו לדעת מרן דבבע"ח מאוחר שקדם וגבה אין כאן ח"ה ה"ד במטלטלין הידועים שהיו לו קודם שלוה אבל אם לא נתברר כן בעדים מחזקינן להו כלוה ולוה ואחר כך קנה וכמ"ש ב"י וא"כ אם יפרע ה"ר דוד אחיו של הר"א להאלמנה דמי הזהב לא תוכל האלמנה להוציא מידה דמטבע אין בו סימן וכו' גם בסו"ד כתב דון מינה ואוקי באתרין דנכסי עזבון ה"ר אהרן הם ביד אחיו ה"ר דוד ואין אנו יודעין שך עזבון אחיו ומפיו אנו חיין דנאמן לו' אחי הר"א שויף דמי הזהב לה"ר ב' אף במקום שחב לאחרים היא אשת ראו' וכיון דהאמן ומעות בידו אין בהם דין קדימה שתפרע להם האלמנה אפי' שיעבד לה מא"מ והקנה אין בהם סימן ואפילו היו מטלטלין כיון דליכא עדים דקנאם קודם דהיה חייב דמי הזהב דינא הוא דב"ח מאוחר דהיינו הר"ב וב"ח מקודם דהיינו אלמנת הר"א דיחלוקו הנכסים בשוה כהוראת הרי"ף וסייעתו כדכתיבנא לעיל עכ"ל ואם כן ה"נ בנ"ד דינא הוא שיחלוקו:

ברם כד דייקינא שפיר לית בה משש כלל חדא דבנ"ד אשת ראו' היא המוחזקת ול"א שיחלוקו אלא היכא דהנכסים ביד הלוה ועוד אמינא ולא מספקינא דאחרי נע"ר הרב מהרמב"ח דבריו תמוהים שהרי מבואר בדברי מרן בש"ע סי' ס' דאם כתוב בשטר שעבוד מא"מ והקנה אף בנכסים שקנה אחר ב' שהלוואות דינא הוא שא' קודם ע"ש וכן מפורש יותר בב"מ ובבדק הבית למרן שהביאו הש"ך סימן ק"ד סקט"ו וע"ש ואם כן איך כתב הרב אפי' שעבד לו מא"מ והקנה יחלוקו משום דמעות אין בהם סימן הא אפילו בידוע שלווה אחר ב' שהלוואות היכא דכתוב דאקנה דינא הוא דמשועבדים להמוקדם ומכ"ש בספק ודבריו תמוהים בעיני ול"ע ואיך שיהיה הדבר ברור כיון דבכתובות שלנו כותבין שעבוד מטלטלי ודאקנה ודאי שאשת ראובן קודמת לגבות ומי כל שכן שהיא תפושה ועומדת וברור וק"ל:

עוד מטעמא אחרינא הנה מקום אחי לזכות לאשת ראובן ואין להאלמנה להוציא מידה והוא ממ"ש הרב שפתי כהן בסי' ס' סק"ד על דברי מרן שכתב שנהגו שלא לטרוף ממטלטלי שמכר או נתן וכו' כתב עלה הרב שפתי כהן וקשה וכו' ונראה דגם במחבר מיירי דוקא במקומות שלו וכו' והיינו כמו משום שנהגו שמא"מ בכל השטרות וכו' אבל בשאר מקומות שאין ידוע המנהג בבירור אין לזוז מד"ת וגם היכא שאין נוהגים כן לכתוב שמא"מ בכל השטרות פשיטא דטורפות ואין לחקור על המנהג וכו' עכ"ל והנה עינינו הרואות בכל שטרי דידן שאין שום אחד שכתוב בו שעבוד מא"מ כי אם דוקא בכתובות שנהגו לכתוב כן ואם כן אליבא דהרב שפתי כהן כדעת מרן ודאי שטורפת מהמטלטלין שמכר או נתן כיון שלא נהגו כן בכל השטרות והנה אם כבר תפסה האלמנה המטלטלין אין כ"ל להוציא מידה עפ"י דברי הרב שפתי כהן יען שראיתי שכמה מהאחרונים שכתבו כך דה"ה בפקס ואין שום אחד מהם הזכיר שנהגו בכל שטרותיהם לכתוב שעבוד מא"מ ועיין בתשובת מגן גבורים סי' ז' ועו"ש ת"מ בנ"ד שאשת ראובן היא המוחזקת תיסגי לן לומר דהלכה כהש"ך ויכולה לו' קי"ל כהש"ך ול"ד להההיא דמהריק"ו דאין לומר קי"ל כפסק גאון היכא שכל חכמי ישראל חלוקים עליו ועו"ש דבזה לא ראיתי בעת מי שחלק על הרב שפתי כהן בפי' אלא שסתמות דברי הפוס' משמע דלא ס"ל הכי ומכל מקום המוחזק יכול לומר קי"ל וכל הפוס' שכתבו סתם יען שבכל שטרותיהם נהגו לכתוב שמא"מ וזה

נראה

נראה לי ברור .

עוד יש לברר איך שקנה ראובן הנז' המטלטלין הנז' מאלמנה וכודאי דאם היה בקנין חליפין ש"ד אך אם עיקר הקנין היה ע"י הכסף שנתנה לו ולא עוד הנה לזה כבר כתב הרש"ך בח"ג סי' פ"ג דמכירה כה"ג גריעא כיון שלא קנה במשיכה ויכול לחזור בו ולקבל מי שפרע אין בזה ת"ה עכ"ל והוא הדין בנ"ד אם לא היה כי אם נתינת כסף דוקא אין בזה ת"ה וכמ"ש הרש"ך גם בתשובת מחנה אפרים ה' גבית חוב סי' כ' כתב על מי שהקדיש נכסיו ואלמנתו תובעת כתובתה מהם והאריך שם בתשובה ולבסוף מסיק דכיון שהמעות אלו שהקדיש הוא שהקרן יהיה קיים לעולם והריוח יהיה לת"ח וכו'. נמצא דמעות אלו שהקדיש אין כאן בהם תפיסה להקדש ואפילו היה בא מכח תקנת חז"ל להחזיק בהם היה לנו כח להנכות מהם להאלמנה דבכל כה"ג לאו אפוקי ממונא הוא דכיון שאין ההקדש תפוס בהן נמצא דאין אנו באים להוציא מיד המוחזק אין כאן ת"ה אם כן הוא הדין בנ"ד דאין מוציאין מיד האלמנה וברור ועיין בכנה"ג ח"מ סי' קי"ז הגה"ט אות ט"ו ול"ע .

עוד אמינא טעמא רבה לפענ"ד דבנ"ד לית כאן ת"ה ותחלה וראש אומר דיש לחקור במכירה דנ"ד אם היה ראובן חי ורצה לסלוקי לאלמנה בזוזי והיא רוצה דוקא במטלטלין שמכר לה הדין עם מי ואומר כי הדבר ברור לפענ"ד דאינה יכולה האלמנה להוציא מיד ראובן המטלטלין אם הוא רוצה לסלקה בזוזי והוא כמה שכבר ידעת מ"ש הרב מהרימ"ט ז"ל בח"א סי' כ"ב ומהריק"ש בתשו' הנקראים אהלי יעקב סי' קכ"ז שכל השטרות העשוים כה"ג שם שלא כדין דמתחילה ועד סוף מלוה קרו לה וכתב מהרי"ט בתשובה הנז' וז"ל וכבר העידו שא"א הרב ז"ל עשה מעשה כיוצא בזה כמה פעמים במכירה שרצה הקונה לעמוד במקחו והוציא בולעו מפיו והחזיר קרקע לבעליו וכ"ל שורת הדין עשה וכו' עכ"ל מיהו הרב לחם צדק בתשובה סי' ד' ס"ל דהוי מכירה גמורה להתיר הרבית אבל לא לענין להחזיק בו הלוקח וכן דעת הרב בנו של הרב לחם צדק ע"ש גם הרב חקרי לב בח"ב ליו"ד סי' י"ט כתב שנראה מדברי המ"א והפר"ח כדעת הרב לחם צדק ובנו ז"ל יע"ש ובסי' כ"א כתב שכן דעת המ"כ יע"ש

והנה שגם שהרב חק"ל ז"ל הכריע כס' החולקים על הל"ץ ודעימיה וס"ל דאם רצה הלוקח להחזיק במקח אין מוציאין מידו יע"ש גם הרב מהרי"ט אלגאזי ז"ל שם בתשובה סימן כ' כתב דהוי פלוגתא דרבוותא ויכול הלוקח המוחזק לומר קי"ל אם היא תפוס מטלטלי וגם במקרקעי למד הרב ז"ל מתשובת הרשב"א בענין הכרם דזכה בו הלוקח ע"ש מכל מקום המעיין שם בדבריהם רואה וראה דלא זכו ללוקח אלא מטעם שהוא מוחזק אבל ודאי בה"ג דנ"ד שעדיין המוכר מוחזק במטלטלין פשיטא שיכול המוחזק לומר קי"ל כמה מרבוותא מסייעי ליה הרב ל"ץ ובנו ורמ"א והפר"ח והמ"כ ורש"י כ"ש וק"ו לדע' מהריק"ש ומהרי"ט פשיטא ופשיטא שאין המוכר יכול להוציא מידו ולית דין צריך בשש · א"כ מעתה הדבר ברור דבכה"ג לית ביה ת"ה דאפילו במכירה בכסף שהוא קונה מד"ת ואם חזר בו צריך לקבל מ"ש כתב מהרש"ך דאין בו ת"ה וכמו שהזכרנו לעיל כ"ש בכה"ג שאם רצה ראובן לחזור בו לית ביה חששא כלל דכל הזוכה בטענת קי"ל אפילו בבא לצאת י"ש פטור וכמו שהאריך בזה הכנה"ג בח"מ סימן כ"ה בכללי הקי"ל ע"ש ודאי שהדבר ברור דאין בזה משום ת"ה ולא עדיף כח מכירה זו ממכירת שטרות שכתב הרא"ש בכלל סי' דלית בה תקנת השוק הוא משום דלא שכיחא ועוד שלא יצא הדבר מרשותו לגמרי דהא יכול למחול ומשום הכי אין בה ת"ה ופסקום כל הפוסקים ונראה דבנ"ד תרתי איתנהו חדא דמכירה כה"ג שהיא עשוים להתיר הריבית לא שכיחא ולא יאמר עלה כמו שאמרו בשאר מכירה שאם לא כן אין לך אדם קונה חפץ מחבירו ועוד כיון דהוכחנו דאם היה ראובן היה יכול לסלוקי בזוזי ודאי דיותר מקרי אגידא ביה ממכירת שטרות כיון דעדיין רשותו על המטלטלין דאם רצה לסלק בזוזי הדין עמו. ודאי דלית בכה"ג תקנת השוק .

ודוגמא לזה מצאתי בתשו' מרן ז"ל בס' אבקת רוכל סי' קנ"ה שכתב על הר"י די וידאש שבא ליפרע מנכסי הר"י אזוביב ואשת הרי"א הוציאה שטר מתנה שנתן לה בעלה וכתב בתשובה דעל הטענה שטענה אשת הרי"א שמעת הראשון מסר לה בעלה הבגדים וכו' באופן שלא יצאו מתחת ידו לעולם דמתנה כמכר יש בה ת"ה ונראה דאפי' תימא דהוייא מתנה כמתנה כי האי שנותן לאשתו מודה הרא"ש דלא שייך בה ת"ה דהא מלתא דל"ש לא עשו בה ת"ה ועוד שלא יצאו המטל' מרשותו לגמרי וכדכ' הרא"ש על המוכר שטר חובו וכו' עכ"ל · הרי מבואר דבכל כה"ג שלא יצאו המטלטלים מרשותו או דלא שכיחא לית בה תקנת השוק · ומינה דה"ה לנ"ד ולפע"ד נראה דדעת מרן היא דאפילו ליכא אלא חד טעמא דהיינו או משום דלא שכיחא או משום שלא יצאו מרשותו לגמרי והוא מ"ש שם בתשובה דסי' קנ"ו וז"ל שנותן מתנה לאשתו מודה בה הרא"ש משום דלא דמיא למכר ולא שייך בה תקנת השוק אי משום מלתא דל"ש ואי משום שלא יצאו המטלטלים מרשותו עכ"ל מלשון זה נראה דאי משום ה"ט או מה"ט איסגי לן לדחות ת"ה ודלא כהרב קרית מלך רב בתשובה סי' ה' שכתב דבעינן תרתי לדחות תקנת השוק דליתא לפע"ד · וכן נראה גם כן ממ"ש מרן בתשובה סי' ע"ו על מי שנתן מתנה מרובה לקרוביו ואלמנתו תובעת כתובתה כתב ועוד שאפילו היתה מתנה ש"מ וכו' ועוד שאפילו נותן כמ"ב והיו קונים המקבלים מתנה כאחד מן הדרכים שהמקח נקנה בהם היתה האשה מוציאה מהם וכו' ואע"ג שעכשיו משום תקנת השוק לא נהגו להוציא וכו' היכא למימר דמתנה כי האי גוונא להפקיע כתובת האשה לא שכיחא ולית ביה מנהגא ושפיר מוקמינן לה אד"ת וכו' עכ"ל · הרי דבטעמא דל"ש לחוד דן הרב דליכא תקנת השוק וכן נראה ברור דעת מהר"י אדרבי בתשובה סי' רנ"ח שסמך על טעמא דל"ש לחוד

לחוד דן הרב דליכא ק"ס וכן נראה ברור דעת מהר"ב אדרבי ז"ל בתשו' סי' רנ"ח שסמך על טעמא דלא שכיח לחוד יע"ש ומכ"ש וק"ו לנע"ר דבכ"ד איכא תרתי דבמכירה כי האי גוונא שהוא עשוים להקיר הרבית לא שכיחא ועוד דלא יצאו המטלטלין מרשותו לגמרי כיון דמצי לסלוקה בזוזי ודאי דבכה"ג לוכא תקנת השוק :

ואל יעלה על רוחך לאמר דתשובת מרן סי' ע"ו נראה דלא ס"ל כמהר"ם אלשיך ודעימיה שכתבנו לעיל דהא משמע בפירוש מתוך השאלה והתשובה דהנכסים השם אכתי קיימי ברשות האלמנה ואפילו הכי לא אתי עלה הרב ז"ל מה"ט אלא מטעמא דלא שכיחא והוי איתא דס"ל למרן כמהרמ"א ודעימיה הול"ל דבכה"ג שעדיין הנכסים ברשותו ולא הגיעו ליד מקבלי מתנה אין כאן תקנת השוק אלא ודאי דלא ס"ל הכי דליתא להאי ראיה כלל דיותר רבותא אשמעינן מרן דאפילו קנו מקבלי המתנה כראוי והגיע לידם אפילו הכי אין כאן תקנת השוק משום דלא שכיחא וכנ"ד עיקרא דמלתא לא קיתה כי אם בדברים בעלמא ולא קנו כלל אך לסוף כ"כ לרבותא בעלמא כמבואר בדבריו וא"כ אין מזה ראיה כל עיקר זק"ל :

שוב אחרי כתבי כל זה האיר ה' את עיני ומצאתי להרב כנה"ג ז"ל בח"מ סי' קי"ט שכתב וז"ל ונראה לכ"ע אם כתב מה"מ ועדיין בידו המטלטלין זכות מכר או כתן לאחר אין צריך ליתן להם וכה"ג לא שייך תקנת השוק כיון דעדיין המטלטלין בידו עכ"ל הרי מבואר דדעת הרב אפילו במכירה ומתנה גמורה אפי"ה כיון דהמטלטלין בידו לית כאן ת"ה ומכ"ש וק"ו היכא שהמכירה עצמה היא גרועה כאשר כתבתי דכזה ודאי לע"ד כ"ע יודו ובגם דזה שכתב הרב כ"ש דנראה לכ"ע וכו' אין זה אמת דהא הש"ך ז"ל פליג עליה וכמש"ל גם הרב משנה למלך פ"י דמלוה דין ב' כתב שכ"כ דעת מהרח"ש בתו"ח ח"כ סי' ז' יע"ש מ"מ פשיטא דבנ"ד כ"ע יודו ואם יאמר האומר שגם בזה פליגי יכולה האשה לומר קי"ל וברור . ועד כשתק כאמן שאחרי כתבי כל האמור לעיל תמותי ראיתי אור להרב דפר משה בח"ב ח"מ סי' ט"ב שהביא תשובת הפ"מ הנז"ל ותשובת מרן הנז"ל יחילק כין שמכר לאחר מטלטלי דלא נויידי וכמ"ש אנכי הש לעיל לעיל ושלו"ח שכוונתי לדעת גדול הנאמר מעתה לע"ד קם דינא דהיגם יכולה האלמנה להוציא מיר האח הראובן כלי כתבת הנז"ל והגם כי כעת נראה לי סו"ת הרב גינת ורדים וראיתי למהר"ם ן' חביב שם בכלל ה' סי' נ' שהסכים לדברי הרב שפתי כהן מ"מ לע"ד עיקר כדכתיבנא ולאפס הפנאי והס' הנז' אינינו תלוי בידו לא יכולתי לעמוד ע"ד הרבנים דשקלו וטרו בענין זה ועיין בתשו' אחרת בח"מ סי' י"ב שהבאתי דברי הרב מולל מהם סי' מ"ה יע"ש מ"ש עליו וה' יצילנו משגיאות הצעיר

חיים מרדכי לבטון

סי' ך נשאלתי בר' שיש לו פורני והוא אופה בשכירות כל ימות החול וביום עש"ק מביאין לו קדירות ומניחן בפורני לחממם ליום ש"ק ואירע שליל ש"ק אחד חתרו הגנבים הפורני וגנבו ז' קדירות האם יתחייב בהם ראובן הנז' מחמת שהוא ש"ש ושכת"ס :

תשובה אי אתינא עלה מטעמא דראובן זה אינו נוטל שכר שמירה אלא שכר בישול וא"כ אין זה ש"ש הא ליתא דהגם שכן הוא דעת הרמב"ם פ"ו דה' שלוחין שכתב דהעיסקא אם נגנב או אבד השתי שהוא פקדון אין המתעסק חייב לשלם וכתב מרן בב"י י"ד סי' קע"ז ובכ"מ מפני שאינו נוטל שכר שמירת אלא על שמתעסק מ"מ הראב"ד שם השיגו וכ' דהוי ש"ש והטור כתב דהכי מסתבר כהראב"ד וסג"א ומרדכי הביאם הב"י ס"ל כהראב"ד ומרן בש"ע שם פסק כהראב"ד והגן בתרים דמרן גרירן . גם לפי דברי הדרכ"ז ומשפטי שמואל סימן ס"ז והבנ"ח דרי"ח סוכאו בתשו' מהר"ם בן חביב נראה דבנ"ד דהוי אומן הרמב"ם יודה דלא דמי למתעסק וא"כ ודאי מטעם זה אין פיטור לראובן המנס יש לפטור ממ"ש מרן בח"מ סי' ש"ג וז"ל ש"ש חייב בגניבה ואבידה וי"א שאפילו שמר כדרך השומרים וכו' אפילו הקיפו חומה של ברזל חייב ע"ש מדפסק בסברא קמייתא בסתם ועל הב' כתב וי"א משמע דדעתו בסתם שאם שמר כדרך השומרים פטור ע"ש וה"נ בנ"ד שמר כדרך השומרים :

והגם שראיתי להרב כ"ד בא"ח סי' ת"ט דק"ו ע"ב שכתב דדעת מרן היכא שכותב כן דעתו כהי"א וכתב שהוא כלל ברור ואמיתי ע"ש וכן ראיתי להרב פרי תואר בסי' פ"ד סק"ט שכ"כ משם הרב מנחת יעקב ע"ש מ"מ אין זה מוסכם שהרי ראיתי להרב לחם שלמה כולם בה' קנין סודר סי' כ"ח דפליג וגם הביא משם השו"ג בכלליו דפליג ע"ש . גם ראיתי להרב מוהרמב"ח בתשו' ב"י והיא לו נדפסת בתשו' נו"ר (וכעת אינו מצוי אצלי) שפטר הפלטור ששמר כדרך השומרים וכתב דגם הרגילים לילך בעקבות מרן ז"ל אין להוציא ממון מיד המוחזק משום דמרן לא החליט בש"ע לפסוק בסתם כהרא"ש והטור אלא כתב וי"א דחייב כאונס גדול וכוונתו דלווס לרמוז לנו דאינו מחליט הפסק לחייב ש"ש בגניבה כאונס ע"כ וגדולה מזאת כתב הכנה"ג בתשו' ח"מ השניות דקי"ט ע"ד שבשכותב מרן סתם וי"א הגם שדעתו כסתם מ"מ כתב וי"א דדעתו לומר דהמוחזק יכול לומר קים לי כהי"א יע"ש וכ"כ בי"ד סי' קס"ד סנכ"י אות י"ו יע"ש וכ"ש בנ"ד דהוי פלוגתא בדעת מרן . ועוד טעמא רבה איכא דכ"ע ידעי דכן הוא דרך שמירת הפורני שנועלו במנעול והולך ולן בביתו ואם כן ודאי אדעתא דשמירה פחותה כזו הם נותנין לו וכ"פ מהר"ם בן חביב ז"ל בגרון הנז' וכ"כ הרב מעיל שמואל סי' נ"ד יע"ש וכמו כן הרב זרע אברהם חח"מ סי' כ"ב פסק כן והביא ראיה מדברי הרשד"ם סי' קל"ד וקכ"ט יע"ש וכ"כ הרב בני אהרן סי' ק"י עכ"כ מכל הני כ"ל דר' פטור הנלע"ד כתבתי הצעיר

חיים מרדכי לבטון

(א"ה) עיין לסה"ג דבר משה בתשו' כי תשא בס' כסא שלמה חו"מ סי' פ"ס דס"ל דדעת מרן כסברא הראשונה ודלא כהי"א יעו"ש כאוס:

יצחק לבטון

(ס"נ)

סי' כ"א שאלה ראובן דר פה לונדא יע"א כשתתף עם שמעון הדר בעט"י והנה שמעון בא פה לקנות לבון להוליכו למוכרו שם בעט"י ודבר שמעון עם הסרסור לקנות לו לבון והלך הסרסור והביא לו מאת לוי דוגמא לוח א' של לבון והנה ישר בעיניו של שמעון הן מצד היותו יפה היה בעין והן מצד היותו במראיתו הפך לבן שהוא דבר נאה ומתקבל במקח וממכר והנה הלבון הנז' הוא מבושל בעיר אורליב ע"י אומן והנה בראות שמעון את דוגמת הלבון כי טוב הוא עמד ועסק עמו בחוזר עם לוי ולקח כתב מאת לוי לאומן שבעיר אורליב הנז' למסור את הלבון ליד שלוחו של שמעון ששלח קטורג'י למלאת הלבון מאורליב להוליכו לעט"י ותמחק שמעון הנז' את לוי בדמי הלבון הנז' על ראובן שותפו והלך לוי וקיבל דמי הלבון הנז' מאת ראובן משלם עספ"א והנה קודם שהלך שמעון לעט"י הלך שנוי סקטירג'י ומילא את הלבון והוליכו לעט"י ליד איש אחד מהסוחרים אשר מיכהו שמעון לקבלו מיד הקטירג'י עד בא שמעון לעט"י והנה אחר יום או יומים הלך שמעון מפל"י והגיע לעט"י ופתח את מחאות הלבון הנז' והנה ראה את הלבון והנה עלה כולו ירוק כברתי וגם הנה הוא רך שהוא רע בתכלית והכנים עמו יו"ד מישראל שהמה יודעים בטיב מקח וממכר של הלבון ופתחו את כל משאות הלבון שהם כ"ב פארדיק והוציאו מכל פארדיק ב' לוחות והנה כולם שוים לרעה ועמדו אותם הסוחרים וכתבו עדות שאותו הלבון לא יצלח למו"מ בעט"י שאינו נמכר לחנונים ותכף ומיד חזר שמעון מעט"י לפל"י והביא אתו עמו את לוחות הלבון וגם כתב העדות אשר כתבו לו הסוחרים של עט"י וגם לוח הדוגמא הביא אתו לבראות העמים שהפרש שבין הדוגמא לגוף הסחורה ותכף בבואו לפל"י הלך אצל ראובן והגיד לו את אשר קרהו ובאותו שעה קראו ללוי המוכר והגידו לו כי כגולת הלבון הנז' בתכלית הרע ופתחו לו את צרור הלבון אשר הביא שמעון עמו ובראותו הלבון הנז' עמד מרעיד ואמר שבאמת יש בין הדוגמא להסחורה כיתרון האור מן החשך וגם הוא ראה שראובן נצטער מאד על הדבר וא"ל אל יצטער אדוני על הדבר הזה כי אין ספק בדבר שמום גדול הוא זה והן היום הזה בביאת הדבר לידי גמר טוב באופן שיהיה לבר זה שתמסור בידי את לוח הדוגמא וב' לוחות מהסחורה עד שאראה למ"ק יען כי הסחורה הזאת נוגע קצת ליתו' קטנים אשר מ"ק מורשה בעדם ומוכרח הדבר להראותו והאמין ראובן את לוי ומסרו בידו את לוח הדוגמא ואת שני לוחות מהסחורה והוליכם בידו לביתו וביום הב' ראם ש' הנז' ללוי וא"ל אנה לוח הדוגמא שמסרתי בידך וא"ל הנה הוא בביתי וא"ל תחזור עמי והתנו לי אז א"ל לוי אני נותן לך סי' שתלך לביתי שימסור לך את לוחות הלבון ונתן לו סימן והלך לבית לוי ובקש את לוחות הלבון ותכף הוציאם אמו של לוי את ב' לוחות אשר העלו מהסחורה ומסרם ביד שמעון אז א"ל הנה יש עוד אחד אנה הוא אמרה לו לא ידענו שום דוגמא ורחלנו כו את הכלים אז עמד שמעון מרעיד כי הסכים ברעתו שלוי עשה הדבר בערמה אז הלך אצל לוי וא"ל מה הדבר הזה וא"ל אל תחוש כי עלי ליתן לך לוח טוב מאד כהראשון שהכה ועליה וחטה למשפט בקרבה אם שמקח חוזר בבס"ג א"ל גבהות שאביו של לוי הוא דיין של העיר זהוא גונע בדרכי הולך ומטעים דבריו דבבה"ג אין שמקח חוזר ושיפלגו"ם דין ודברים על בנו לוי ואשר ע"כ הנה באתי היום לדרוש ולחקור בענין אם האמת אתו ויבינו נא דברי אלה להלכה ולא למעשה יען כי אני ג"כ נוגע בדבר כי אני אני הוא ראובן שמוכר בשאלה אכן למעשה אלו"ת יש אלהים שופטים בארץ ואם לא יקבל לעמוד בדין כדיני אר"צ נם אנכי לא אחשוך פי מלכתוב ולהביא ראיות על הדין ועל האמת ולכ"ר הגדול קה"ק אוילנא בשעריך ירוש' תובב"א ברברים שבכתב והמה יורו כי מציון תצא תורה ודבר ה' מירושלם:

והנני אשיב ואומר כי כוחן לבות הוא יודע שאין רצוני לבא עם לוי הנז' בריבה ובדיונא כי ידעתי שסוף הדבר לבא לידי מחלוקת ביני ובין מ"א נר"ו ואנכי ידעתי ביני כי לא גופל אנכי ממנו אם לדין יש תשובה ולא כבר יגבה איש אכן הלוי תיגרתן דמי לברקא דמיא וכו' והנה כי כן כהיות שתכף אחר גבור ימים עמדו כ' מתווכי השלום ביני לבינו ופשרו בינותינו שיחזיר לו חצי המקח של הלבון הנז' ויחזיר לי את חצי הדמים שקבל מידי ובאמת כי מפני השלום נכנעתי לקבל ראשי שכן העשה וחשבתי דרכי שהוא ורע נאמנים דהר"י עמי ועשיתי עמו לפמש"ה אכן אחר עבור ימים או עשור שמעתי שידעתו מכתבת שהדין עם כנו והרבה הוא הוא שעשה עמי לפמש"ה וכשתני לעצמי צר לי מאד על הדבר הזה איך יכחיש אותם בדברים הרבה הלא משמע להו לרבנן ולכסות השמש בכברה וע"כ באתי באותיות כ' להודיע קושט דברי אמת ומי יתן ושיה כי יקבל עליו שאם יכריעו בירוש' עה"ק שותי שיחזיר כו מכל שמקח כולו בשלימות וגם אני אקבל עלי כמוהו שאם יכריעו כמותו עלי לקבל כל המקח כולו בשלימות ואיך שיהיה לא אחשוך פי מלהביא ראיות על זה על הדין ועל האמת כאשר יורוני מן השמים:

ואומר כי הנה דין זה פשוט ומבואר משנה ערוכה בפ' המוכר את הספינה דף פ"ג ע"ב ופסקה מרן בח"מ סי' רל"ג וז"ל המוכר לחבירו מין תמוכי פירות וכו' כיצד מכר לו חטים לבנות ונמצאו אדומות או איפכא אין כאן מכר ושניהם יכולים לחזור בהם אבל אם מכר לו חטים יפות ונמצאו רעות לוקח יכול לחזור בו אפילו לא נתאנה בשכוס וכו' וכ"ד אי מרמינן ליה לשמעתין ונמצאת לכמש שהרי דוגמת הלבון שהראהו היה לבן ורקיק שהוא המראה המעולה שבלבון

שבלבון ונמצא אח"כ ירוק ככרתי ודמי נמי לשמתחית ונמצאת לבנה דשניהם יכולים לחזור בהם ואת"ל דל"ד לשמתחית ונמצאת לבנה לא יגבע מתנים ופות בנמצאו רעות דקי"ל דלוקח יכול לחזור בו ובנ"ס שלא פירש דלוקח ממנו לבון טוב ויפה מ"מ כיון שעשה במקח על הרונמא שהראהו אין ס' דרוקא הם ועלה כקמות הדתנאה בות שקנה ממנו ואם לאו חוזר וגדולה מזו כתב מהרש"ך ז"ל כתשו' בח"א סי' קנ"א כל שקונה נית שהם דעתו על כרלב"ו טוב נהרי נוה כמו שפי' לו שהוא מוכר כרלב"ו טוב ולא ברוע ואם נמצא ברוע יכול הלוקח לחזור בו יע"ש וכ"ש שהראהו דוגמא דגלוי הדעתא רסבי נמצא המקח זכל שנמצא ברוע יכול הלוקח לחזור בו הנס רקס מהרש"ך הלבאה דפטנל עלנו וכמ"ש בכתב"ס סי' תל"כ הנכא אות נ"ט מ"מ כנ"ד כ"ע מודו ובכן הלוני למהר"ש ז"ל בח"מ סי' ספ"ה כתותו נתון של מהרש"ך ז"ל וז"ל כי טענת בכיה ונתן שמכר לו יפה בנמצא רע שכתו שאל ממנו אם הנ"ל רונם הלבאות וסשיבה לו לך ותראה הכביה פ' שמכרתי ואם ישכך בעיניך תמכור לך קרי שפירש לו בפי' שבנטר שהוא מוכר לו טוב מאותו המין שמכר לפ' ותפס כמותו וא"כ אם ימצא שאינו יפה כמנהו כמצא שהטעהו המוכר לפרנ"ך הקונה בטעות כיון לעולם חנם וסזיכו מתני' דפ' המוכר מכר לו חטים ופות ונמצאו רעות שהלוקח יכול לחזור בו וכו' יע"ש בדין שכתב הרב הכל שהראהו דוגמא צריך שיקבלו ופה כמותו וכל שנמצא גרוע ממנו ש"ו חוזר דהו"ל כחטים יפות ונמצאו רעות וכעין זה מצאתי למהרל"ס נהלאתו ז"ל בתשו' סי' ע"ט בראובן שקנה משמעון בגדים ולא הו"ל כי אם בגד אחד ונתחייב לשת לאחרים כמותו כדמותו כצלמו ושוב נתן לו בגדים ולא נמצאו כראשונים וכתב הרב שזהו כדין כמקח בטעות שהוא כשמתקים ונמצאת לבנה דשניהם יכולים לחזור בהם או כדין חטים יפות ונמצאו רעות יע"ש ונ"ד נמי הוי דכוותה :

ושמעתי כאומרים שכיון שזה המום שבלבון שהוא הטן עליו הוא מום עובר שאחר שמתין הלוקח ויעכבהו נ' או ד' חדשים יתייבש והלבן ויהיה קרוב לדוגמא שהראהו ובכל כה"ג אין המקח חוזר שהרי אינו מום קבוע ע"כ שמעתי ואני אומר שהכל המום הזה בטענה זו ממש חדא דמה ועשה הכן שאין לו קרן פי אם סך מה הקטע שהוא צריכה להרויח בו למלאות טרף לביתו ואם יעכבנו עד עבור ימים או עשור שימכרנו נוקח מעותיו הא ודאי לא דאין דברים הלו גזירות וחוקות שזה הוקא נקרא מום והוי מ"ט וזה אינו נקרא מום ולא הוי מ"ט אלא שראו חכמים לומר דכל שהסברה נוטה דהדעת דהכי לא קנה דסוקה אין אדם מתפייס במומין המקח חוזר וכאן בנ"ד אפילו המוכר יודה דאילו היה הלוקח רואה נגף הלבון שהוא הסחורה עצמה פשיטא שלא היה קונה והיה נמורה לנה שהרי רואה שמענן כמה דוגמא כידי הסרסורים ולא נתן לב לקנות מתחת שלא היו יבשות כ"כ ולבנות יפה יפה וכל שכן וק"ו אם היה רואה הלבון של הסחורה כ"כ רע ממש הוא ואין ספק שלא היה יורד למו"מ כלל וכ"ש וק"ו כי הלוקח הנז' עיקר קנייתו למכור לחנונים שבעט"י והרי עדי מותרו עט"י שהעידו שהלבון הזה אינו דקני

למכור לחנונים מפני רעתו ופשיטא ופשי' דאדעתא דהכי לא קנה כיון

ועוד קא אתינא דלענ"ד טענה זו מגן פוותא ... והמוכח לה מת"ס הרא"ם נ"ל כתבו סוף כלל ל"ו ופסקה מרן סי' רל"ב ס"ה ע"ל ראובן שמכר לשמעון בתים שיש לו כעות אחרת וקודם גמר המקח נכנסו בגוים בבית והקלקלו קצת מקומות ועשו הכתלים וכו' ורצה שמעון לחזור בו וראובן טוען דכיון שהוא מום שנעשה ויכול לתקן מן הכתלים כדי שיחזור הבית לקדמותו ניקנים השקח הדין עם ר' זכתב הש"ע שקי"ל נוקח הבית שאינו יכול לחזור לקדמותו בדמים שיבנה לו ומחשב מום עובר וכ"כ בשם כתשו' כהרויה שכל כגום קיים אפילו בכל שהוא כבר נשכח ויחבא כמ"ש מולם אם"ז בענס המקח כטל במום שבוק בגוף הכות עב"ל מכלת כרור דלא מיקרי מום עובר אלא כדבר שיכול לחזור לקדמותו ע"י דמים שמגבס לו מש"כ בנ"ד דאם לחזור להיות ופס בלא בעבור זמן ומנם שם והאי פשיטא דלא מיקרי מום עובר זכוי כמום גדול בגוף הבית ועריפת מוניס דהא בהם הוי בית כותל הקועו העפ"ר שיכול לבנותו ולבצויקר וכוין עדיף מכותל יען הפו"ס המרונן דהא מום קבוע ואפילו הכלו אמרינן ודפנים חרשות בהנ' זכ"ם ואם רמ"א לחקת כשום הופן עד עבור זמן מה והוי דהוי מום קבוע ואם ואמר האומר דבלב פה"ג בתנים דנ"ד עדיף טפי שעיבון הכתלים שהוא בגוף של הרא"ם ז"ל דהא כנ"ד דהרא"ם עכ"פ צריך הדבר תיקון בידים לסחזרו לקדמותו ואפי"ה קרי ליה הרא"ם ז"ל מום עובר אבל שכן בנ"ד דעומד ממילא כמשך הזמן הוי עדיף טפי שהוא עובר ממילא ושפיר מיקרי מום עובר והא נמי ליתא כלל דהגם דמכל זה יותר איקרי מום עובר אבל מ"מ איכא לר' תיפכה דהוא שכתב עליה שהא"ש ז"ל דאפשר לסחזרו ולתקנו בקדמותו להלתר על ידי ניכון הכתלים ותיקון החלונות ומשום הכי קרי ליה הלכה ז"ל מום עובר משא"כ בנ"ד שאי אפשר לעולם לתקנו בר אם בעבור זמן ומנם הא והאי בה"ג לא מיקרי מום עובר והנם דסילוק נמי הוא מוסבר מ"מ לא אכחד דיש לחבר' בזה לרבר ממש שראיתי בתשו' להרב מהר"א בן חסון ז"ל הובא בתשו' מהר"ם יונה ז"ל סי' ד' על מי שמסכיר כותו לזמן ושוב מכרה לא' וכתב הרב ז"ל אבל לנמר שאם הלוקח לא ידע אבל זה שהיתה סכורה לשוכר בעת שמכרה לו הו שהיתה סכורה אבל אומר ידע שהיא ובקדים שכרו למשכיר והאי דיכול לחזור בו הלוקח דלא אמרינן בזה דהוי מטעם אונאה וקי"ל דאין אונאה לקרקעות ואפילו ביטול מקח וכו' אלא דאמרינן דהוי כעין מום דאטו אם ראובן מכר ביתו לשמעון אחר שהיה שכורה ללוי כמה שנים וכבר קיבל כל דמי השכירות כאמר בזה דהמקח קיים הא והאי ל"א דלמאי לקח זה הבית והאי דלא לקח כי אם לשתמש מיד ממנה וכו' יע"ש הרי דמנם דהבית שסכורה לזמן דהוי מום עובר ממילא ואפי"ה קרי ליה הרב ז"ל מום וחוזר המקח מפום דאמרינן דלא לקח אלא לשתמש מיד וה"נ כנ"ד והאי שלא לקח אלא הרעת שימכור מיד ולא להמתין ולהתעכב זמן וזמנים ובולי כתי ואולי שאפשר שלא יתקן דהיינו הומה בקנותו במקומו לרוח

קיום

היום בידוע בשיעור הלבון לנותנו תוך מעות שאפילו אם יעבור זמנים טובא לא זכה ולא יהיה כאותם הדוגמא שהראו :

ועוד כ"ל להביא ראיה מההיא דכתב הרא"ש ז"ל בתשו' כלל ק"ב סי' י"א ופסקה מרן שם סעיף י"ז על ראובן שמכר לשמעון שני כורות של שמן ולא פתח שמעון שנודות אלא סמך על ראובן ועל הסרסור שא"ל שהוא טוב וכאשר פתח הנוד הא' למכור מלאו עכור ועב ועתה טוען שמקח טעות הוא והשיב הרב ז"ל דאם ישבע שמעון שהתנה עמו לתת לו שמן טוב וצלול והוא השמן שנתן לו ויחזיר לו השמן או ישומו כמה דמיו פחותים משמן טוב ויחזיר לו הפחת ע"כ ומרן העתיק תשו' הרא"ש וכתב ואם ירצה הלוקח לקחתו יחזיר לו הפחת • וכתב הסמ"ע ז"ל שקל"ח וז"ל דקדק וכתב דאם ירצה משום דס"ל להמחבר דאם אינו רוצה הלוקח בשמן מחזירו לו בע"כ דהוי מק"ט וכו' ע"ש • והנה הדבר ידוע דהשמן באורך הימים נצלל והוי מום עובר ואפ"ה כתב הרא"ש ז"ל דהוי מק"ט • ואם נפשך לומר דלאו כל השמנים שוים דיש שמן שהוא נצלל באורך הזמן ויש שמן שאינו נצלל ת"מ אם איתא דשמן שהוא נצלל לא הוי מק"ט ואינו יכול לחזור בו לא הו"ל להרא"ש לסתום ולו' דהוי מק"ט כיון דאיכא שמן דאין בו דין מק"ט אלא ודאי דלא שאני ליה להרא"ש בין שמן שהוא נצלל אם לאו דבכולהו הוי מום ולוקח יכול לחזור בו כדין חטים יפות ונמצאו רעות ::

וראיתי למרן ז"ל בס' בד"ה שכתב וז"ל ועמ"ש וישומו כמה דמיו פחותים משמן טוב ויחזיר לו הפחת יש לתמוה שיכול לומר הלוקח איני רוצה שמן עכור וי"ל דהכא כמ"ש כשהלוקח רוצה לקחתו אם יפחתו לו מדמיו א"נ מיירי הכא כשאותו שמן יכול לעשות צלול ע"י שיניחו אותו וירדו שמריו ועכירות שבו למטה עכ"ל • הנה נראה דעת מרן ז"ל לפי תי' הב' דכשיכול לעשות צלול יחזיר לו הפחת הגם שבאמת אין בו שיעור אונאה דאי דוקא בדאיכא שיעור אונאה לא הו"ל לסתום אלא לפרש אלא ודאי דדעתו ז"ל לומר דאפילו דליכא שיעור אונאה הוי מום אלא דכיון דאינו נצלל המקח חוזר וכשהוא נצלל אינו צריך להחזירו אלא יחזיר לו הפחת ולא עוד אלא דמרן ז"ל בבואו לפסק הלכה בש"ע השמיט תי' השני ותפס לעיקר כתי' הא' דהיינו דוקא ברוצה הלוקח לקחתו אם יפחתו לו מדמיו ומשמע שפיר דבאיזה אופן שיהיה השמן בין אם יוכל ליעשות צלול אם לאו הרי דאפילו במום עובר ממילא אפ"ה הוי מום וחוזר הלוקח וה"ה בנ"ד דהגם דהלבון יתלבן ויתיבש באורך הזמן הוי מום וחוזר לדעת מרן ז"ל

ומזה אני תמיה על מה שראיתי בתשו' להרב משפט צדק ח"ב סי' מ"ט שהביא מה שהקשה מהרש"ך ז"ל בתשו' עמ"ש הטור ופסקו מרן בסי' ס"ו סל"ד בדין מוכר שטר חוב לחבירו וכו' ואם היה הלוה עני בשעת מכירה בכלל אונאה הוא וכו' והק' מהרש"ך ז"ל דאם היה הלוה עני בשעת מכירה הך מלתא דמיא למום דמלתא דפשיטא שאין לך מום גדול מזה ומשום מק"ט נגעו בה ע"ש • והנה קושיא זו כבר עמדו עליה המבי"ט ז"ל בח"א סי' קע"ח והרב בית דוד ז"ל והרב שפתי כהן ס"ק י"ג וכל אחד תירץ לדרכו והרב משפט צדק ז"ל כתב וז"ל ויש להלין בעד הרמב"ן דהוא סבר דלא מיקרי מום העשוי לעבור רק מום שיקרא מום לבטל המקח הוא מום שאינו עשוי לעבור מתחילה לעולם ולפיכך כתב דאינו מק"ט דהרי אינו מום אשר לעולם אינו עשוי לעבור כי כבר אפשר שבעבור קצת ימים יזמין לו השי"ת ריוח גדול ויפרענו משלם ואם כן אין בדבר רק אונאה שלא היה שוה החוב דמי קנייתו בשעה שהיא וכו' עכ"ל ואני תמיה על זה דאיך השכים הרב ז"ל דלא מיקרי מום לבטל המקח אלא כמום שאינו עשוי לעבור שהרי הרא"ש ז"ל בענין השמן שהוא עשוי לעבור כגון שיצלל ואפ"ה קרי ליה הרב מק"ט וכ"ש וק"ו במום בה"נ דנמצא עני שאינו עשוי להעשר דהיינו דאמרי' איבעי איעשר מבריך לא איתבר ולא חשיב בה"נ מום עובר ולדעתי אין ללמוד מדבריו לענין דינא כי לא כתב הרב כן אלא בפלפולא להלין בעד הרמב"ן וכ"כ בעלי הכללים כי אין למדין מדברי הפוסקים כי אם כשכתב כן להלכה והדברים ברורים :

עוד נראה לי להביא ראיה לזה דגם במום עובר בטל המקח והוא ממ"ש הרמב"ם בפט"ו מה' מכירה וז"ל וכן המוכר לחבירו קרקע או עבד וכו' או שאר מטלטלין ונמצא במקח מום שלא ידע בו הלוקח מחזירו אפי' לאחר כמה שנים שזה מקח טעות הוא והוא שלא ישתמש במקח אחר שידע במום אבל אם נשתמש בו אחר שראה המום הרי זה מחל ואינו יכול להחזיר עכ"ל וכתב הר' המגיד דילפא לן מן המקדש את האשה ובא עליה ונמצאו בה מומין דאמרינן חזקה אין אדם שותה בכוס אא"כ בודקו וכו' וכך הם דיני מו"מ שוים לאשה בדינים אלו כדאיתא פ' המדיר עכ"ל והנה נודע דבדיני מומי נשים אפי' מום עובר פוסל בהם דהא קי"ל כל המומים הפוסלים בכהנים פוסלים בנשים וכמ"ש מרן בא"ה"ע סי' ל"ט ס"ד וכבר נתבאר בדברי הרמב"ם פ"ו דביאת מקדש דאפי' מום עובר פוסל בכהנים והוא הדין בנשים ודיני מקח שוים לאשה דכי היכי דהתם אם קידש על מנת שאין בה מומים ונמצאו בה מומים הפוסלים בכהנים אינה מקודשת ה"נ במקח וממכר דנקרא מום גמור ובטל המקח ::

ומזה ק"ל עמ"ש מרן בב"י בסי' ט"ל וז"ל כתב הר"ש בנו של הרשב"ץ הטוען מום באשתו שהיא מצורעת וכו' ודברי תימא הם דאין מום גדול מזה אי משום דמאיסא אי משום חולי המדבק וכו' וקשה דלמה ליה כולי האי דהא עיקר המומין של נשים ילפינן מן הכהנים וכבר כתב הרמב"ם בפ"ז דביאת מקדש דין ט"ו דאפי' בעלי נגעי' טהורים פוסלים בכהנים וכ"ש המצורעים דח"ל משום טומאה וא"כ דין הוא שפוסלים בנשים ושמא י"ל דמ"ש אי משום דמאיסא היינו הך דפוסלים בכהנים דטעמא דפוסלים משום דמאיסי וק"ל הרי מוכח לבריאות מכל מה שכתבנו דאפילו במום עובר בטל המקח :

מעשה מכל האמור לענ"ד דהדין עם ראובן ושמעון הנז' שיכולים להחזיר המקח ללוי ועכשיו שנתפשרו עמו להחזיר לו חצי המקח לפנים משורת הדין הוא דעבדי כל זה כתבתי להלכה אך למעשה מחמת שהדבר נוגע אלי איני מחליט עצמי עד שיסכימו עמי בעלי הוראה ועל פיהם יקום דבר הנלע"ד כתבתי הצעיר

חיים מרדכי
לבטון
ס"ט

(**א"ה** עוד נ"ל להביא ראיה לדברי זקני הרב המחבר נר"ו דהוה כמום עובר בטל המקח דיכול לטעון הלוקח ולומר שהיה צריך לו המקח לשעה ולהמתין לו עד שישלים לו המום לא הייתי קונה ואמינא לה ממ"ש הרב בית חדש ז"ל בסי' רל"ב על מ"ש הטור בסעיף ד' וז"ל אין מחשבין פחת המום וכו' כתב הב"ח וז"ל ואפשר לומר דהרא"ש ז"ל נמי לא אמר הלא היכא דהלוקח נותן אמתלא לדבריו שהוא צריך לשה זה של אנווים לשעה זו אין לו צורך בהם והטעמא דהכי שהמוכר יחזור אחר אנווים להשלים השה ולהמתין לו עד שישלים לא הייתי קונה דשוב אין לי צורך באנווים ודכוותה בקונה חפץ או קרקע שהוא צריך לשעה ולאחר שעה אין לו צורך בהם דיכול לחזור בו ולומר דלא לקחו עד שימתין עלו עד שיתקן המום אפילו הוא מום עובר וכו' עכ"ל ובנ"ד נראה שעדיפא מינה שהרי התם באנווים דבר מצוי הוא לקנות לו אנווים ואפ"ה יכול לומר דאדעתא שהמוכר יחזור אחר אנווים להשלים השה ולהמתין לו לא הייתי קונה וכ"ש וק"ו בנ"ד שהלבון הנז' בשלג צריך זמן ומכח להתייבש עד שיהיה כדוגמת שהראהו ובודאי הנעור שיכול הלוקח לומר דאדעתא דהכי שאמתין כל כך זמן עד שיתייבש לא קניתי ואדרבא אני קניתי הלבון הנז' למוכרו בתכף ומיד ולהרויח בו מכ"תי שאתעכב כל כך זמן והנה שהב"ח ז"ל אמרה בדרך אפשר לדעתי חילוק זה הוא חילוק ברור ואמיתי כנ"ל ודוק ועיין במוהר"ש בהגה ס"ה בסי' הנז' ועיין בתשו' להרב בני אברהם סי' ס"א דמ"נ ע"ג ועש"כ נאום הצעיר

יצחק
לבטון
ס"ט

סי' כ"ב

יש לחקור במי ששכר ב' פועלים למלאכתו ולעת ערב לא נמצא אתו כ"א שיעור לפרוע לא' מהם דוקא אם יפרע לא' כל שכרו ויניח לאחר עד שיזדמן לו מעות למחר ולמחרתו או דילמא שיפרע לכל אחד חצי שכרו וכשיזדמן לו ישלים להם תשלום שכרם :

תשובה הנה לכאורה נלע"ד דהדבר זה תלוי במה שיש לברר אי חצי שיעור במ"ע הוי מצוה מדאורייתא או מדרבנן כדין חצי שיעור בלאוין דאיפליגו ביה ר"י ור"ל דאי אמרינן דאיכא מצוה בחצי שיעור גם במ"ע א"כ יותר טוב לפרוע לב' חצי שיעור שכרו דמקיים מצוה בתרווייהו והוי מצוה דאורייתא דקי"ל כר"י לגבי ר"ל אבל אי נימא דליכא שום מצוה בחצי שיעור דמ"ע א"כ פשיטא דיתן לא' מהם לקיים בו מ"ע משיתן לב' דליכא בו מצוה כלל :

והנה על זה ראיתי פלוגתא דרבוותא אחרוני זמנינו שהרב ברכ"י ז"ל ס"ל דאיכא מצוה בחצי שיעור בעשה והרב הק"ל פליג עליה וס"ל דליכא שום מצוה בח"ש דעשה וכן נראה דעת מהרי"ט א' ז"ל בקהלת יעקב אות ח' יע"ש. והנה אנכי הרואה דפלוגתא זו לכאורה הויא פלוגתא דתנאי והוא דתנן במתניתין דמס' חלה פ"ד מ"ד וז"ל הנוטל חלה מן הקב ר"ע אומר חלה וחכ"א אינה חלה ע"ש ונראה דטעם פלוגתייהו תליא בהכי דלר"ע ח"ש במ"ע הוי מדאורייתא ולהכי אם נוטל חלה מקב דהוי ח"ש דעיקר השיעור הוי קב ורביע הוי חלה אבל לרבנן אין דין ח"ש במ"ע ולהכי אינה חלה ואפשר היה לומר דטעמייהו דרבנן היינו דסברי כר"ל דגם בלאוין אינו אלא מדרבנן ואם באנו לחייב קב בחלה נמצא אומרו קולו כמו שסיימו שם במתני' בדין ב' עיסות של קב קב שהרים מהם חלה ואח"כ נתערבו דלרבנן חייבין ולר"ע פטורים אבל על האמת ה"א לומר דר"ע ס"ל כר"י ורבנן ס"ל כר"ל דא"כ קשיא הלכתא אהלכתא דקי"ל ח"ש דאורייתא וכר"י ובדין חלה קי"ל כרבנן דחלה מקב אינה חלה וכמו שפסקו הרמב"ם והטוי"ד ומרן בשס"י שכ"ד ע"ש ·

האמנם שבתי וראה ראה באמת דדעת ר"ע דח"ש איתיה במצות עשה כמו נ"ת אמאי ס"ל דלכתחילה לא יפריש חלה מקב ודוקא בדיעבד ס"ל דהוי חלה מדקתני הנוטל חלה מן הקב דמשמע דיעבד אין לכתחילה לא ואם איתא נמי לכתחי' יפריש דהוי מצוה בח"ש ואין לו דהנוטל לאו דוקא ונקט הכי לאשמועינן אליבא דר' דאפילו בדיעבד אינה חלה דהא ליתא ודאי דהא שם בפ"ב מ"ג אמרו שם מי שאינו יכול לעשות עיסתו בטהרה ר"ע אומר יעשנה בטומאה ואל יעשנה קבין שכשם שהוא קורא לטהורה כך הוא קורא לטמאה לזו קורא חלה לשם ולזו קורא חלה לשם ואמרו עלה בירוש' שם מיחלפא שיטתיה דר"ע תמן הוא אמר נוטל מקב חלה הכא הוא אומר הכין ומשני תמן לשעבר הכא לכתחילה ע"כ הרי בפירוש דדוקא בדיעבד ס"ל לר"ע דהוי חלה אבל לכתחילה אין להפריש פחות מכשיעור והדרא קושיא לדוכתה דאם איתא דסבר דח"ש במצות עשה הוי דאורייתא וכר"י דקי"ל כוותיה אמאי פוטר לכתחילה :

ישו"ר בירוש' אמתניתין דקתני התם וז"ל הוון בעו מימר מה דאמר ר"ע נוטל חלה מקב חלה מהלכה הא מד"ת לא מן מה דתנינן ר"ע פוטר וחכמים מחייבין הדא אמרה אפילו מד"ת עכ"ל ונ"ל שכך פירושו דהוו סברי בירוש' לומר

טעמי'

טעמיה דר"ע דאמר הנוטל חלה מקב הוי חלה היינו מהלכה הא מר"מ לא ר"ל שאינו מפו' בתורה אבל מן מה דתנינן דר"ע פוטר בב' קבין שהורמ' שלחן ולבסוף נתערבו משמע דס"ל המקב הוי חלה גמורה דאל"ה הו"ל תרומה ומחזור ויתרום אלא ודאי דגם מן התורה מהני בכה"ג נפטר ומעתה א"כ היא שקשה דאי ר"ע סבר הכי אמאי פוטר לכתחילה מקב . ונ"ל דמזה למד הרמב"ם בפירוש המשנה שפי' טעמיה דר"ע היינו משום דסבר דבדיעבד עבדינן כשמאי דקב הוי שיעור חלה אע"ג דלכתחילה לא קי"ל כוותיה ע"ש ודרואת ודאה שום מפרש לא פירש כן ולא ודענו מהיכן למד הרמב"ם לומר כן האמנם נראה מלשון ירוש' גם הכין לומר כן דהוו סברי לומר דמאי דסבר ר"ע דהוי חלה מקב היינו מהלכה אך קשיא להו כדקושיין דאם ס"ל דבחלי שיעור איכא מצו' אמאי פוטר ר"ע לגמרי הו"ל תרומה ומחזור ויתרום כיון דמדאורייתא בעינן שיעור של קב ורביע אלא ודאי דגם מן התורה פטור לגמרי ואי קשיא דאי הכי גם לכתחילה נמי ועל זה פי' דבדיעבד סבר כשמאי ופטור לגמרי מן התורה . וכן ראיתי להרע"מ ז"ל בפירוש המשנה שפירש בטעמיה דר"ע הסבר דהוי חלה וז"ל רע"א חלה והוא שהשלים על העיס' אחר כך בשיעור חלה דכיון דנשלם השיעור הוי חלה למפרע ע"כ והתוי"ט כתב עליו וז"ל דאלמ"ס תיקשי דידי' אדידי' ממס' נ' פ"ב דאו' אף יעשנ' קבין ירוש' שם עכ"ל ותמוהים דבריו דמה דאה בירוש' הלא בירוש' מבואר שם שתי' דהתם לכתחילה והכא בדיעבד והשלמה מאן דכר שמיה וכבר ראיתי להרב שושנים לדוד שתמה עליו יע"ש :

וראיתי להרב מעדני מלך שכתב אטעמא דר"ע ודוקא שהשלים וכמ"ש הרע"מ וסר"ש כתב דדוקא בדיעבד אבל לכתחי' לא ודבריו קשים דאי מפרש דמתני' דוקא בכיון להשלים הוה א"כ ל"ק ממתניתין דלעיל כלל דההיא דקתני אבל קבין הן בהם חלה לשם היינו בלא כיון להשלים דמודה ר"ע ואם כן למה זה הוצרך להביא דברי הר"ש ליישב מתני' דלעיל דדוקא לכתחילה דהא בכה"ג מתחילתו קיא . ועוד קשה דנראה מדבריו דהר"ש הוא דמתרץ לה הכי ולא זכר דהדברי הר"ש הם ד' ירוש' ומתני' דלעיל וכמו שכתבנו . ואיך שיהיה קה קשה להבין ההלכתא כוותיהו חלה מקב בין לכתחילה בין דיעבד אינה חלה ואם איתא דר"ש כעשין את כיה מצוה כרין ק"ס כלאוין דקי"ל כיה דהוי דאורייתא וכר"י א"כ חלה מקב אמאי לא ותמהני מהרב שבות יעקב והבני חיי והסק"ל איך לא נסתייעו מזה ולכאורה זו ראיה שאין עליה תשובה . ועוד יש לי להביא ראיה מדקיימא לן בדין מזוזה שבית שאין בו ד"א על ד"א פטור ממזוזה ואם אתא דחלי שיעור כעשין איכא מצוה לא הו"ל למפטר בית שאין בו כשיעור ממזוזה מכל וכל דת"מ הו"ל דצריך לעשות בו מזוזה אלא ודאי דליתא

וישוב ינאתי חפשי ואאיר ה' את עיני וראיתי להרב גדול הדור האחרון מהרי"ט אלגאזי בס' הלכות יו"ט וראיתי לו שם בדק"ח ע"ב שעמד בזה כתב דלכאורה היה נראה להביא ראיה מזה דאין

חלי שיעור כמ"ע וא"כ כתב בד דייקינן שפיר נראה פשוט דאין כאן שום ראיה מחילה דספק זה לא ניתן להסתפק כ"א במצוה דבר חיובא הוא לעשותה כדין מצוה דחיובא רמיא עליה כאכילת מצה וא"כ י"ל דאם לא מצא לקיים המצוה בתקנה יקיים קצת בחלי שיעור אבל גבי מצות חלה דלא רמייא התורה עליה לעשות עיסה בשיעור ויקיים מצות חלה אלא דאם רצה לעשותה עיסה כשיעור חייב להפריש ממנה חלה וכיון דאינו בר חיובא לעשות עיסה כשיעור אם עשה פחות מכשיעור ליכא שום שייך מצוה להפריש חלה ממנו עכ"ל . ומינה נמי בדין בית פחות מכשיעור כיון שאינו חייב לדור בבית שיש בו ד"א על ד"א אלא שאם דר בבית שיש בו כשיעור חייב במזוזה ואם לא לא יע"ש :

והשתא דאתינא להכי אפשר לו' דנ"ר שכתבנו על הספק בדין שכר שכיר אי הוית ביה משום ח"ש אם לאו לפי חילוק מהריט"א ז"ל לית כאן חשש דין ח"ש כיון דעי"י מעשיו בא עליו החיוב דאין עליו חובה לשכור פועלים וליתן להם שכרם אלא דאם שכר חייב ליתן שכרם ולא דמי למצה דחיובא רמיא אנופיה לאכול מצה כזית בפסח ובהכי נוחא לי הא דתנן במתני' פ' הישן דתני וכשנתנו לו לר' צדוק אוכל פחות מכביצה נטלו ואכלו חוץ לסוכה ולא בירך אחריו ולכאורה קשה למ"ד דיש ח"ש במ"ע מצוה היכי עביד ר' צדוק דאכלו חוץ לסוכה לא יהא אלא ח"ש הא איכא מצוה למ"ד הכי והו"ל לאוכלו בסוכה . ולפי מ"ש זה שכתבנו משם הרב מהריט"א ח"ש דאעיקרא אין חיוב לאכול בסוכה אלא שאם ירצה לאכול חייב לאכול בסוכה וא"כ זה האוכל הוא שהביא החיוב על עצמו ובהכי הא לית כאן חשש החלי שיעור אך לפ"ז מוכרחים אנו לו' דעובדא דר' צדוק לא הוה אלא בשאר ימי החג שאין עליו חיוב לאכול אבל אלו הוה בליל יו"ט הראשון דגמרינן ט"ו ט"ו מחג המצות שפיר דמי לפחות מכזית בליל פסח דאית ביה מצוה למ"ד דיש ח"ש במ"ע וחייב לאוכלו בסוכה . מיהו כד דייקינן שפיר מההיא עובדא דר' צדוק ליכא שום ראיה לנ"ר לא להקל ולא להחמיר דעיקר אכילה בסוכה לא הוי בשיעורא דקא אוכלין ושתין עראי חוץ לסוכה ואמרו עלה בגמ' דכ"ו ובמה אכילת עראי כדי ותרתי או תלת ביעי ואף לאביי דפליג היינו משום דזמנין דשניא שני ליה לאינש בהכי והוי סעודת קבע ע"ש וכודאי דה"ט דבעינן תשבו כעין תדורו ודרך בנ"א לאכול חוץ לבית סעודת עראי וזה לא נכלל בכלל ח"ש ובאמת שיש לגדר אכילת עראי לגבי אכילת קבע' דליהוי כדין ח"ש וכן הנכון דלא מכרעא דלא חייב התורה אלא כעין יכוח ואם כאנולמי' הר' מהריט"א לא מכרעא ול"מ וכמ"ש וק"ל [illegible] שבקי ורא' דהכתי בעיקר נ"ר בעיקר ש"ס מוכרחים אנו לומר דאית מצוה דק"ס הנם הנימא דלגבי כעשין דין ח"ש וטעמא רבא איכא דאית ביה מלבד עשה דביומו תתן שכרו איכא נמי ל"ת דלא תבא עליו השמש והא פשיטא דלדידן דקי"ל כר"י איה לן בח"ש בלאוין מדאורייתא א"כ פשיטא דאי אית ליה תקנתא שכרו ולא יהיב ליה עבר באיסור ח"ש

דקוי

דהוי דאורייתא וכהא"נ דאית ביה עשה ול"ת ודאי דחייב לקיים העשה בח"ש ומשום ל"ת שבו ואפשר שבכגון זה כ"ע יודו ועיין להרב הק"ל בי"ד ח"ב סי' ט"ו דכ"ז ע"ב שכתב על דברי המש"ל ע"ש שקשה על דבריו ודוק כ"ז היה נראה לכאורה:

אבל רואה אנכי דבש"ס דמגילה דקנ"א ע"ב דרשו שם בקרא דלא תעשוק שכיר עני ואביון דדרשו שם להקדים עני לאביון והיינו היכא דלית ליה כי אם לפרוע לאחד מהם וא"כ מוכח שפיר דמלוה לתת לאחד מהם ולהניח השני בלא כלום שהרי אמרה קרא להקדימו ולא אמרה דיותר מלוה לתת לשניהם חצי שיעור למ"ל להקדים אלא ודאי עדיף טפי להקדים מילתן כ"א חצי שכרו ופרוט. האמנם השתא דאתינא להכי קשה למאן דס"ל דאיכא מלוה בח"ש ולר"י דקי"ל כוותיה דהוי דאורייתא אם כן אמאי קאמר קרא להקדים עני לאביון הא כיון דאיכא מלוה בכ' עדיף טפי לקיים המלוה בכ' אלא ע"כ מסוגיא זו מוכח דליכא שום מלוה בח"ש ומשום הכי אתא ק"א להשמו' דליתיב לחד מינייהו ולהקדים עני לאביון אך במעט העיון נראה דלק"מ דהא ודאי דע"כ ל"פ אלא היכא דלא נזדמן לפניו כי אם חצי שיעור כגון חצי זית מלק כליל ופסח על זה קא מיפלגי דמר סבר דמלוה להוכלו ומר סבר דליכא שום מלוה אבל היכא דיכול לעשות מ"ע גמור כגון ב"ח דאית ליה שיעור שלם ליתן לאחד מהם ומקיים בזה מ"ע ליכא מאן דסבר דוניח העשה המפורש ונקיים חצאי שיעורין לתת לב':

כי מן הבאר ניחא לן טעמא דמ"ש דין זה מהא דקי"ל בח"מ סי' ק"ד בלוה שיש עליו בע"ח וכלה לאין שפסקו רוב הפוסקים דחולקין בשוה ולא"ס חולקין לפי מעות ולא אשתמיט חד מינייהו לגמר דעני ועשיר עני קודם או עני ואביון עני קודם כדאמרינן הכא אלא הכא ה"ט דבנתינת לאחד קיים מ"ע גמור ולהכי דוחינן ליה שיתן לא' כדי לקיים מ"ע משא"כ אם יתן לכל אחד חצי מעות ומינה אתה דן בשו"ם אם באו לדין לפנינו כעת גמר מלאכתם ואין אתה תובע שיתן לו שכרו דדחינן ליה שיתן לאחד מהם לקיים מ"ע ואית הכא ואם הם עני ועשיר עני קודם או עני ואביון עני קודם אבל אם עבר זמנם דליכא קיום עשה באחד מהם דחינן ליה לפורעם בשוה ולא יקדים בא' לחבירו כיון דליכא שום קיום מ"ע בחד לא' מהם כי על שניהם כאחד פריעת בע"ח מלוה:

ובהכי ניחא לן מ"ש בס' תום' התנופה הנ"ל שבזה בח"מ ריש סי' ס' בלוה ולוה וכתב לכ' דאקנו ונשבע לפרוע לשניהם שכ' הרב דחייב לפרוע לשניהם ואמרו עליו דבני האחרונים האם באמת זכו כ' מכח דאקנה הם לנו ולשבועתו ע"ש בכנה"ג וכה"ג יוסף ולפי מ"ש ניחא דבאמת אם לא נשבע לשום אחד מהם חייב לפרוע לשניהם כשו' דפריעת בע"ח מלוה ולהכי יחלוקו בשוה שהרי אין אך אם נשבע לתת לאחד מהם ויש עליו מ"ע גמור לקיים שבועתו דינא הכא שיתן למי שנשבע ולמה ממש לשני שכירים בתוך זמנם דדחינן ליה ליתן לא' מהם כדי לקיים מ"ע ולא יתן לכל אחד מקצת ואפ"ה דאם היו ב' שוים כגון עני ועני יתן לאיזה מהם שירצה כדי לקיים שבועתו. האמנם כרואה יראה דברי מרן ז"ל בש"ע סי' נ"ח שכתב אהאי דתשובת הרא"ש שהביא הטור שם דמי שנשבע בתקנת הקהלות לראובן ע"מ שעבר ולא נשבע לו כלהבא ע"מ שורות ושוב השביעו שמעון אלהבא שפסק הרא"ש שיתן לשמעון לקיים שבו' וכן פסק הרשב"א בתשובה ורמזה המ"י שם וכתב מרן דנ"ל שיכופו ליתן לראובן חלקו יע"ש ומראה דלא פליג מרן אהרא"ש ותשובת מוה התנופה והרשב"א אלא דס"ל דהנס דתמי' אנו רגים ללוה לפרוע לשמעון כדי לקיים שבו' ת"מ אחר כך אם יתבע ראובן לשמעון בדין כופין אותו שיתן לו חלקו כי לא בשביל שוקיים זה מצותו שופסיד הוא (א"ה עיין בש"ך סי' המ' ס"ק י"ד שכתב כן ותמהני על הרב המחבר נ"י שלא ראה דברי הש"ך ילחק לכתוב הכי ס"ט) ולפי הנראה לכאורה שגם בדין זה דקי"ל דיתן לא' מב' כדי לקיים מ"ע של ש"ס אם אחר כך תבע השכיר את חבירו בדין כופין את הא' להחזיר את החצי מה שלקח ולפי מוכח זה ניחא לן מה שלא פסקו הפוסקים דין זה דעני ואביון עני קודם ומן הש"ס נקהה שהוא מוסכם. והאמנם במאי דבקיבנא ניחא כיון דש"ס אם יתבע האחד את חבירו חייב ליתן לו חלקו אם כן הפוכי מטרחא נ"ל וליכא שום נפקותא בדין זה ולכך השמיטוהו. אבל כד דייקי' שורתא נראה דשא כוהנא היא דלא כתב כן מרן אלא כמי שנשבע לפרוע שהוא הוא גרם לעצמו שנשבע ולאו כל כמיניה להפקיע זכות חבירו ע"י שבועתו משא"כ בהן ש"ש שהתורה זיכתה לו להקדים עני לעשיר ואביון ומת"ת זכה העני ואיך חבירו יוציא ממנו והדר קושי' להוכחא למה השמיטוהו הפוסקים אך אמינא היכא דהוו שניהם שוים ומן התורה אין לפס קדימה וע"ז וכבר כתבנו דנראה דגם בכה"ג יתן לאחד מהם כדי לקיים המ"ע של ביומו תתן שכרו ולא יחלק המעות ביניהם הא ודאי האחר שותן כופין זה לזה ליקח חלקו כי מאן שם לכנה"פ ליתן לזה ולא לזה וזו היא שקשה לי ומה שפסק מרן בי"ד סי' רל"ח סע"ח וז"ל הנשבע לפרוע לחבירו מנה בחודש אדר ואחר כך נשבע לפרוע לאחר באותו זמן וכתוב בשטר הא' חייב לפרוע לב' שאין מלוה שבשבו' מקומה לחול אך אחר כך יש לו לקיים הראשונה אם יכול ע"כ והיא תשובת הרשב"א וקא נראי דלטעמיה אזיל שב"כ בת' הרשב"א שהבאנו בחו"מ אך למרן שכתב בח"מ דנ"ל דכופין לא' ליתן לחבירו אמאי לא כתב כן בי"ד והארכנו מזה אחר כך יש לו לקיים הראשונה אם יכול דמשמע דהוא לו לאו וקשה דבשביל שבועתו של זה יפסיד זה ולמה לא יכוף את חבירו לחלוק עמו וצ"ע:

ועוד ק"ל ע"מ שראיתי לקצת מאחרונים שהו' לקו' שכתבנו לעיל על דברי הרא"ש ותשו' מוה התנופה ותשובת הרשב"א דס"ל דכתב דאקני יכול לחזור בו וכן הוא דעת הרשב"א להדיא כמבו' בחו"מ סי' קי"ם ולהכי אע"פ שכתב לא' דאקנה כל שנשבע לפרוע לב' אין לך גלוי דעת שחזר בו יותר מזה ומש"ה פסקו הרא"ש והרשב"א דחייב לפרוע

לפרוע לב' וע"ש בכנה"ג סי' ס' ולא ידעתי מה ועשו להכיה דתשו' הרשב"א שביו"ד דאיירי בנשבע לא' ושא ורהי דאינו יכול לחזור בו משבועתו ואפ"ה אם נשבע לב' אחי הב' ודחי לא' והדבר קיים וכי כל במיניה לישבע לב' לפורעו בכל זמן שיתבענו ודחה לא' שבבר נתחייב לו ונשבע לו ולדידהו ה"ס אימא דאינו יכול לחזור בו מדאקנה אין השבועה שנשבע לב' כלום והוא הפך ממ"ש הרשב"א בתשו' הנז' ול"ע:

ובאמת דאלו לדידי לייתי הוה אמינא דמעיקרא ל"ק ול"מ דהא כיון דקי"ל כלוה ולוה ואחר כך קנה אעפ"י שכתב לשניהם דאקנה אם קדם השני ונכה מה שגבה גבה ואין מוציאין מידו מוכח שפיר דאין תפיסת יד לשום אחד משם כ"ז שלא גבה אלא בהיות הממון ת"י הלוה הרי הוא כשלו ואם כן כי נשבע לפרוע לב' או אם אפילו נשבע לפרוע לשניהם וקדם השני וחבעו הו"ל לגבי א' כמי שקדם ונכה דאין מוציאין מידו אבל כמי שמטה ידו ונשבע כתקנת הגאונים דעת מרן ז"ל דהו"ל כמי שנסתלקה רשותו ממה שירוית והאי אין לו רשות בו לא להוציא יותר מכדי שפסקו לו ולא ליתן במתנה לשום אחר והרי קם ליה הממון מעתה לבעלי חובותיו ולהכי אף אם נשבע ליתן לב' לאו כל כמיניה וכדי שלא תהא שבועתו לבטלה אמרינן ליה היתן לב' ויקיים שבועתו ואחר כך חוזרים זע"ז הכל כלוה ולוה ואחר כך קנה דהכתי אית ליה תפיסת יד בממונו שהרי יכול להוציאו בהוצאה וליתנו במתנה אם כן כי נשבע ליתנו לב' ז חייב ליתנו ואין לא' דין ודברים עמו מנו שהוא יכול להוציאו או ליתנו ולהכי מרן ז"ל בסימן ס"ב בתשו' הזה התנופה דלא איירי במטה ידו וסידרו לו אלא כלוה ולוה ואחר כך קנה לא חלק עלה ולא גילה דעתו כמ"ש סי' נ"ט דחזר הא' על חבירו דשאני ההיא מדסי' נ"ט דיש לבעלים תפיסת יד ממש להוציאם וליתנם אבל בסי' נ"ט בדיני הסידור ס"ל דיד הבעלים מסולקת ולהכי חוזרים זע"ז וכ"ז דלא כהאחרונים ז"ל שהבינו דדעת מרן לחלוק גם אההיא דס' הזה התנופה דליתא לענ"ד דלא דמו כלל כהוכלא לדכא:

ובהכי ניחא לי מה שפסק ביו"ד תשו' הרשב"א בסתם ולא גילה דעתו כמ"ש בסי' נ"ט דיכוף א' לחבירו ולכאורה יותר הו"ל לאשמועינן האי דינא ביו"ד כיון שבבר נשבע לאחר והיך יתן לב' ויניח לא' הכל לפי מ"ש ל"ק ולא מרי דהתם כמו לא איירי במטה ידו של הלוה והגיע לדין הסידור ומשום הכי הכתי אית ליה תפיסת יד בממונו להוציאו בהוצאות וליתנו במתנה ומנו דמלי מעבר הכי יכול לישבע ליתנו לאחרים ואחר כך יש לו לקיים שבועתו אם יוכל ואם לאו לאו אבל במטה ידו ונשבע הוה הדין למ"ש בח"מ ולא הצטריך ביו"ד לבארו ודוק הנלע"ד כתבתי הצעיר

חיים מרדכי

לבטון

ס"ט

סי' כ"ג

שאלה ראובן נלב"ע והניח אחריו ב' בנים וקרקע ואחר כמה שנים הבן השני בחלו את חוליו וכחוך החולי הסכימה דעתם של ב' האחים למכור את הקרקע הנז' וקנו מיד אם הבנים שסילקו שעבור כתובתה מע"נ הקרקע ושוב קנו מיד נשי האחים שסילקו ג"כ שיעבור כתובתן ומכרו את הקרקע הנז' ולא הספיקו לגבות דמיו מהלוקח עד שמת הבן הב' וחלי"ש והניח אלמנתו וכאשר היקנה ותבעה לגבות כתובתה מהדמים שביד הלוקח כי היא מוקדמת לכתובת כלתה והאלמנה טוענת כי היא קודמת לגבות כתובתה מהדמים הנז' ויש לדעת הדין עם מי:

ואומר דבדין יורשים שמכרו קרקע ואין הב"ח יכול לטרוף אי גובה ב"ח מהדמים הויא פלוגתא דרבוותא כמבואר בטא"מ סי' ק"ז דלרבי' האיי גאון ז"ל גובה מהדמים ולהרא"ש ז"ל אינו גובה מהדמים ולדעת הרא"ש הסכים הרמב"ן בחי' פ' מי שמת ובתשו' סי' ת"ע וכו' ע"ש. גם כל הספרים לס"ז וגם בעה"ת שער מ"ט ח"ד סי' ט"ז הביא ס' הרמב"ן וכ"כ הסכים לדעתו אך מרן מוק סש"ח איכו ע"ש וכן נראה דעת הטור ע"ש. והנה מרן ז"ל בש"ע סי' ק"ז הביא בסעיף ד' פלוגתא זו וכתב די"א דאם כרה"נ ז"ל בקיא כהרא"ש ונראה דהכי ס"ל לדינא וכתב הר"ב מהר"ם אלשיך בתשו' סי' ו' ודד' האיי גאון הוא יחיד נגד שאר רבוותא ואם באת לומר דל"פ הני רבוותא אלא בכגון שלא היו אותם הדמים בעין אלא שהוחלפו דבכה"ג כתב הרא"ש דלאו הני וזו דפסק רבוהון הכל כגון נ"ר דערוין אותם המעות עצמן בעין קיימים ביד הלוקח יל"ג גם הרא"ש יודה לש' הה"נ את ליתא דהרותא וראה למהר"ם אלשיך ז"ל שכתב שם על ס' הה"נ הע"ב ולא קאמר אלא כשדמי המכר ידועים שאם דמי אותם נכסים הכל היכא שלאחר שירשו נכסו ונתנו כדמים מאן מוכח דהני נכסי השתא דמי מטלטלין דאבוהון נינהו ע"ש וכן היא דעת הר"ב בית דוד בח"מ סי' ל"ב בל"ז ע"ד יע"ש:

אבל דאיתי להר"ב בית אברהם ז"ל בסי' ק"ז שהביא מגם בהרב אורים ותומים שהוכיח מדברי הר"ן והרמב"ן דאם עדיין הדמים ביד הלוקח דגובה מהדמים והר"ב בית אברהם ז"ל דחה דבריו דמ"ש הר"ן והרמב"ן דגובה מהדמים היינו כששעבד מטלטלי וני"מ דהוי דינן כמקרקעי והדמים הוי כמטלטלי המשועבדים ונכי מיניהו. ונראה דס"ל להרב דכל מחלוקת רבי האיי גאון והרא"ש לא הוויא אלא בלא שיעבד מטלטלי אגב מקרקעי אבל היכא ששיעבד באגב גם הרא"ש מודה דגובה מהדמים וכ"ן דעת המבי"ט בח"א סי' רס"ה ע"ש וכן היא דעת מהר"ש קלעי הוכיחו דבריו בתשו' פ"מ ח"ב סי' ע"ו יע"ש אבן אימא שלא השגיח כי רבו החולקים בזה וכולהו סברי דאפי' שיעבד באגב אינו גובה מהדמים וכמ"ש מהר"ם אלשיך בתשו' הנז' ומהרי"ט ח"א סי' קכ"ח ומהרח"ש בח"מ סי' ן' ומהרא"ר סי' ת"ס ובפ"מ ח"ב סי' ע"ח ולא עוד אלא כי הרואה בהרמב"ן בחי'

פ'

פרק מי שמת דקל"ט שהביא דברי רה"ג הנז' וכת' ותמהני על הגאון דהני זוזי לא משעבדי להו לכתובת כלל הלא שיעבודייהו אנכסי דאבוהון וכיון שמכרו ואינן יכולין לטרוף הפסידו למה זה דומה למע"פ שילאה על היתו' ומכרו נכסים שאינו גובה מן הדמים שבידם דלאו הני זוזי שבק אבוהון עכ"ל ואין ספק דמע"פ לגבי ב"ח דהוי כשיעבד כאגב דהאי לדעת הרמב"ן ז"ל קי"ל שעבודא דאו' וכדעת הרי"ף והרמב"ם וכן הוא דעת מרן ז"ל בח"מ סי' ט"ל יע"ש ובש"ך סק"ב ובלשון זה עצמו כ' הרא"ש פרק מי שמת ודקדקו גדולי האחרונים מדבריו אלו דס"ל דאפילו שעבוד אגב לא חל על הדמים

אך דרך אגב אומר דראיתי למהרי"ט בתשו' בח"א סי' קי"ב דף לק"ט ע"ג שכתב וז"ל מיהו בכרון שלפנינו אין שעבוד חוב זה על שהשב שיורשת אלא על בתים אלו וכו' וכשהיא באה עתה למוכרם הרי היא מזיקה ביורש שאח"ך אף על פי שיתברר שהחוב הוא אמת לא תוכל להפרע מן הדמי' דמע"פ לא טרפא ממשעבדי ואעפ"י שיכולות לחזור ולתבוע ממנה שיפרע מדמי הבתים שמא יאבדו או לא יוכלו להוציא מידה וכו' ע"ש מדבריו נראה מדבריו אלו דאפילו מכרה יכולים לחזור ולתבוע ממנה שתפרע מדמי הבתים וק"ע היך פתח הדברים ולא זכר מדברי הרמב"ן והרא"ש והב"י ושאר הגדולים דסברי דאינו גובה מהדמים דפנים חדשות באו לכאן וכ"ש דאיהו גופיה בסי' קכ"ח הביא דבריהם ע"ש בדק"ע ע"כ וגם מ"ש מע"פ לא טרפא ממשעבדי משמע דאלו הוי מלוה בשטר גובה מהדמים והא נ"כ ליתא שאמנם אם נאמר לדעת הרב לומר דאם היו הדמים ביד הלקוחות גובה מהם וכדעת הרב אורים ותומים הוה ניחא ובעת כ"ע אבל הרואה יראה למהרי"ט גם סי' קס"א דקפ"ט ע"ב כר"ס ואם שאמר כל שהל וכו' ונדולה מזו אמרו אעפ"י שלא הגיע דמי הגזילה ליד של יתו' כדמים שעדין דמי הגזילה ביד הלוקח חייב ליתנם ליתומים וכו' יע"ש הרי שדעת הרב שאעפ"י שהדמים ביד הלוקח אין עליהם שעבוד ודלא כדעת האורים ותומים ולכן דבריו צ"ע ::

והנה הגם שכתבנו דנראה כדעת מרן שפסק כהרא"ש דאינו גובה מהדמים מדהביא סברה זו באחרונה מ"מ הרואה יראה בא"ה סי' צ"ג סכ"א שכתב וז"ל ואם מכרו אינה מוציאה מיד הלקוחות ושיא נזונית מדמי הקרקע שבידם ויש מי שחולק ואומר דאינה ניזונית מאותם דמים עכ"ל ומדהביא סברת רה"ג בסתם וסברת הרא"ש בשם יש מי שחולק נראה שדעתו לפסוק כסברת רה"ג ספק ממש שניהם מדבריו בח"מ וכבר ראיתי למהר"ס ן' חביב ז"ל בתשו' ב"י שהק' כן אדברי מרן והניח בצ"ע וכזאת יש להקשות אד' הלבוש גם כן שדבריו סתראי מא"ה לח"מ בסי' הנז' יע"ע

והנלע"ד ליישב דדעת מרן היא לחלק בין בע"ח למזונות האשה דבבע"ח אין שעבוד שבע"ח חל על הדמים שמכרו אבל חוב דמזונות חייל על הדמים וחילוק זה למדתי ממה שראיתי להפ"מ בח"ב סי' ע"ח שתירץ תמאי דהק' דברי מהר"ם אהדדי דבפרק נערים כתב המרדכי משמו על אלמנה שמת חמיה קודם בעלה דאין אשת הבן גובה כתובתה מנכסי חמיה דכיון דהנוח וכו' הו"ל כל נכסיו ראוי לגבי בעלה ואינה נוטלת בראוי ע"ש ובפרק כל הנשבעין הביא המרדכי משם מהר"ם שהיא ניזונת ע"ש ונכבר מהרי"ט עמד בזה בח"ב סי' ע"ג יע"ש וכתב הפ"מ שם דקנ"ר ע"א וז"ל ונלע"ד ליישב דעדיף חוב דמזוני דלא מיחסרא גוביינא דניזונית והולכת בכל יום היא ועדיף מחוב כתו' אשה וב"ח שאינם יכולים ליפרע אלא בב"ד ושומא והכרזה משא"כ במזונות האשה ולפיכך הוקינה במאן דמוחזקת דמיא וכו' ועוד היה נראה דבשאר חובות אעפ"י שהוא חייב לאחרים מ"מ נכסי דלוה לא הופקעו מחזקתו וכו' אבל חוב דמזוני מעולם לא באו הנכסים בחזקת היורשין וכו' דחוב המזונות בהדי הירושה קאתי ולא היה שעת שכושב ליורשים לחול קודם חיוב המזונות וכו' עש"ב ומהם אני למד לענין אם מכרו היורשים נכסי בע"ח שלהם מכרו והדמים פנים חדשות באו לכאן אבל גבי מזונות האלמנה הם בחזקתה ולא מקרו קונסים ממון שלהם ולהכי בח"מ דמיירי בדין ב"ח הכריע כסברת הרא"ש ונטעותיה כנגד ס' רה"ג וכא"ה דאיירי בחיוב דמזוני הכריע כסברת רה"ג ודלא כהרא"ש גם מה גם דכל כה"ג שכתב בח"מ כלשון וי"א וי"א והסמ"ע ובה"ג זהכ"ש כ' דבכי האי מקרי לא הכריע הגם דאק לדידן הפסי' סברא אחרונה לעיקר מ"מ כל נושאי כליו של מרן קרו לכי האי גוונא דמרן לא הכריע משא"כ כשהביא סברא קמייתא בסתם ויש מי שחולק דלכ"ע סברי דדעת מרן לפסוק כסברא קמייתא ויש לדחות דהיה דכתב בלשון וי"א בתרא מקמיה השתא ששתם כה"ע כן נראה לדינא עיקר :

ובהיותי בזה ראיתי למהריק"ש ז"ל בהגהותיו בחו"מ סי' ק"ז שכתב וז"ל מכרו מטלטלים לכ"ע גובה ב"ח מהדמים שבידם מדין מזיק שה"ח כשהיו המטלטלין משועבדין אג"ק כפי' דדוקא קרקע אינה נגזלת מש"ה איכא מ"ד שאינו גובה מהדמים ואם לאו היו משועבדים אג"ק אינו גובה וכ"ש הכלום עכ"ל והנה מ"ש הרב לחלק בין מטלטלין המשועבדים כאגב ובין קרקע דבמטלטלין המשועבדים לכ"ע גובה מהדמים הנה המעיין בד' בעה"ת שת"כ הנז"ל יראה דאין כן דעת הרמב"ן שהרי כתב שם בבע"ת מאומר שתפס קרקע או מטלטלי המשועבד למוקדם ומכרן לאחרים שאין לבע"ח המוקדם ע"ז שמכרם כלום ואף שאין לו על המעות שום שעבוד ושוב כתב הבעה"ת אבל אני נתחדש לי דין זה שאם מכרם למי שאין יכול להוציא ממנו שהוא חייב בדמיהם מדין מזיק וכו' ע"ש נראה ברור דלהרמב"ן בין בקרקע בין במטלטלין המשועבדין אינו חייב משום מזיק ולבעה"ת דס"ל דחייב משום מזיק על הכל חייב. וגם בתשובת הרשב"א סי' תתקי"ד הביאו ב"י סי' ק"ד כתב על ראובן שלוה משמעון מנה וכו' ושוב לוה מלוי מנה ושעבד לו אג"מ ומת ראובן ועמדה היתו' ופרעו לשמעון מעות והשיב דמה שגבה גבה השמא משל יתומים עצמן היו או שמא מכרו משל אביהם

וכמעו'

ובמעות דביקעו נלא בנכסים אלו ככלל שעבודו של לוה מפולס דכות נכסי דקנו יתמי ע"כ הרי שאפילו במטלטלין שמשתעבדין בתכי גבי דאין נוכה כ"ח מן הדמים שלא חייב ארבע לאנותים מדין מזיק דבב גם מהר"ם אלשיך כתב' והנו' דב"ח ע"כ כתב ח"ל אח קמן דלעת כיון דאי חויה היא מתפוס דבא חו' והרא"ש נפטור ונכ"ו בולהו דלא ברכינו כאן דלדעת כולם כשמכרו יתומים אפילו קרקע דשכך אבוהון פקע שעבודא דב"ח מרמי הקרקע ואם כן כ"ש מרמי המטלטלין שמכרו אף על גב דאשתעבדו לכתובה אנ כ"מ דקיימא לן זכו' עכ"ל הרי דס"ל דעדיף דמי המטלטלין יותר מדמי הקרקע אע"ג דהמטלטלין משועבדין כהנב דאין המוקדם ניכה מדמיהם זכעת דבריו כ"ע גם הפ"מ כח"כ סי' ע"ח דקא"ו וע"ר זכתב הכלל העולה דהטור כח"מ, פליגא שעבור וכו' אבל כאח"ע בראיכא שעבור אבל לתוך נוכה תסלקיות שמכרו היורשין וכו' הכל מהדמים שכיר היסודים לכ"ע לא גבים וכו' עס"כ הרי שכתב דמדמי המטלטלין לב"ע לא גבי וכוה וכפך מן הקלה אל הקלה מ"מ מהריק"ם דכדאיכא שעבוד אבל לכ"ע בכי מהדמים אנם שמ"ש הפ"מ לכ"ע לא גבי אינו נראה עיקר דשא תוכח. כעה"ח שמ"ג דסכה הנוכה מהדמים וכבר הסינו הרב שכיחא וע"ע דקל"ר ע"כ בזה ע"ש. ואפשר לו לומר דכונת הפ"מ לומר דאין הדמים משועבדים דלאו הני וזים שכך אכוחון אף על גב דשיעבקיתה באכב לא חל השעבוד על הדמים אבל אה"כ מטעם מזיק שמ"ח הדבר תלוי בפלוגת' דאיכא מאן דסבר במקרו מזיק נקיט ואיבא מאן דסבר בבכנ לקי' נוונה לא בוה מזיק ומזה איברכתו שכתב מהריק"ם דלכ"ע חייב מדין במזיק דליתא וק"ל כ"ש ע"כ נמלא מדברי המחבר ... הצעיר ...

חיים מרדכי

למטון

סי' כ"ד

אשר נשאלנו על ענין חזקת של נמרוג אשר פה"ו כי הוא מכסה שנים למשפחת בית ששון וכם' חקנ"א אשר היו פרא"ג שסון וס"ר ישראל ערכן בחיים כקבו שטר שות' בוותבם על זה הדבר דהיינו שכל א' מאלו יקח כל צורכי ביתו ואפילו שנהיה צריך הנאה מבוכה יותר על חבירו אפ"ה אין לחבירו לעכב עליו שמלאכת מחשבת אסרו עליהם אכן מה שיותר מדי ההוצאות שיוליאו כל אחד מה שצריך לו ולבניו נחלוקו הנשאר חלק כחלק ועל זה קיימו וקבלו עליהם בכח שלא ליפרד זה מזה לעולם ולא יחשבו זה מנה באמת ולקיים גם זה לדורות הבאים קיימו כהלך עליהם ועל זרעם עד סוף כל הדורות שלא יבוטלו אפילו קולה של יו"ה ושוב כשמתו ה"ר ישראל וה"ר פרא"ג ונשאר שירותי החזקה בין יורשיהם והם ה"ר משה ונה"ר שלמה הר"ן בנו של הר"פ והר"ש בני של הרי"ש

הבוגו ביותם שהיה משה ואחיו וב"ב לוקחים שני שלישי קרוות וה"ר שלמה ואחיו וב"כ לוקחים שליש מפרינות ושוב כשנלב"ע הר"מ והר"ש בניהם עומדים מפרחים ובשנת קפ"ז כא גזירה מאת המלך יר"ה לקרוע הכראה של מפרחי הנמרוג בהיות שמלאת ממשרתי של הנמרוג אשר בהרלום אחיים שמש"ע כינם וכין המלך וביטלו כל מי שיש לו בדיקת בחזקת של נמרוג ומכללם לפרקת של בית ששון הנו' ואף עפ"יכ חמלו עליהם אשר פה כארץ והגיחו אותם לעמור ולשרת ככתחי אכן נשתנו סדרי כרהשית כענין פריוח שכיון מרוותים ומ"מ אלו ואלו דהיינו כהי כותו של הר"פ הזקן וב"כ של הרי"ש היו לוקחים רווחה וכסדר שעשו ביניהם דהיינו ב"כ של הר"פ שני שלישים וב"כ של הרי"ש ושוב בשנת קל"ט אשר כא שרו של מלכים ולקח כתב עיותם מאת המלך יר"ה ומשל תמשל רב נירש את כל העומדים לשרת בנמרוג מכו"כ והניח האחים במקומם ועמדו כל משפחת בית ששון ונפנה כל אחד לדרכו ושמהם שהלכו לחולה לא"ץ וים מהם שעשו מו"מ ובוולת כאופן דסכ"א לדרכו פנה עד עבור שבעת שנים ויותר מהמה שחזר המלך יר"ה ולקח את כל הארלות שהלך מיד שרו של מלכים והשיבו המלך ושרו במתן ומקדם וכא גוי א' לכאר"ץ ועמד כענין חזקת הנמרוג והנו נתעורר הר"ש בנו של הר"מ הנו' ותחלה פניו להעמידו לשרת בנמרוג כי היא מקום אבותיו ונראה לו והעמידו לשרת כמהו אך כאופן שפסקו בער ס"ע כך וכך לחורש אכן לא יכלה כי יש לו ריוח מלבד זו כאופנים שונים ונעת עמהו כ"ב של הרגי"ש ותבעו מסה"ם שיתן לאם חלקם כי היא חזקתם וחזקת אבותיהם וגם עמד הר"ר פרא"נ בכר יהודה ששון ותבע חלקו יען שאבותיו היו לוקחים מה"ה פרא"נ הזקן הנו' שמהו"ה ישראל הנו' חלק מהנמרוג כידוע וה"ר שלמה משיב בי הוא אינו עומד בסדר אבותיו וכשירותם שלא שהוא בשירות קילוני ועוד כמה טענות ועל הכליהם חזרו יקום הדין את סהר ושורנו לכ"ה שידונו ביניהם ואחיות מכללת לא אשכח איש לעמוד ...והנה כי כן בתחי של לכי להקדים שלאחר על ... ובת ... האמת ...

והנני אשיב כי מפראם לפי שורת הדין דקיקת זו של בית ששון מבוטלת היא חבטל ואין לא בה לעמוד והר"ש הנו' שעמד ומשרת בעת יכול לומר לעלמו אני מפול יען אשר כבר כודע שזה ז' שנים והוחדש עמדו חולק לא קנס שעמד בעת הר"ש הנו' וחילה פנים ת' מתילו האדון והעמידו במקום חוקת אבותיו מ"מ פנים חדשות באו לכאן ומנלה דבר בוא מהא דתניא פרק המוכר את הבית הס"נ ז' לוי שמכר שדה לישראל ע"מ שמעשר א' שלו מע"ה שלו ואם יתמהר כ"ו שדה זו ובקח מכרו וחזר וקנאו אין לו עליו כלום ע"כ ופסקו מרן בש"ע ... ע"ש

והנה האמת שמקום יש בראש לרחות כאום זו דאפשר דלא אמרה התם אלא מקום דא"ל כל זמן ששדה זו בידך וכו' ומשמעותן של דברים שאם מגיעה לאחר אין לו עליו כלום שום קיום כלל ואם כן הלוקח הימינו הוי קווקא אם הוא המוכר הראשון משא"כ בנ"ד שאין בלשון הנאם ותיובם קיי' כל זמן וכו' ואפשר דבכה"ג ל"א פנים חדשות באו

קאו

כאו לכאן לפטור שנכנס לשירות :

אבן האחד הרואה בתשו' הריב"ש סימן שכ"ו שכתב וז"ל עוד שאלת בשהיה מתנו' דקונם לביתך שאיני נכנס וכו' מכרו לאחר מותר ופירש הרא"ש דלא אמרינן אלא כל זמן שהוא שלו ונראה לך מדבריו דאפילו חזר וקנאו הוא מותר דפנ"ח באו לכאן כדאמרי' פרק המה"כ גבי בן לוי המוכר שדה ע"מ שהמעשר ראשון שלו וכו' דאפילו אמר כל זמן שהיא ביתך מכרו וקנאו אין לו עליו כלום בכה"ג נמי הכי הוא וכו' עכ"ל והנה ממ"ש דאפילו אמר כל זמן שהיא ביתך מכרו וקנאו וכו' נראה ברור מדבריו דלא מבעיא בשלא אמר כל זמן שהיא ביתך דאם מכרו וקנאו דאין לו עליו כלום אלא באפילו אמר כל זמן שהיא וכו' אין לו עליו כלום וגם שהריב"ש בתשו' זו לא השיב על זה כלום ושתיקה כהודאה דמיא . ומוא האה בן דלרבותא נקט בלשון השאלה כל זמן שהיא ביתך דהגם דיש מקום לומר דלשון זה משמעו אפילו מליקוחין שניים אפ"ה אמרינן דאם מכרו וקנאו דאין לו עליו כלום וכ"ש אם לא קאמר כל זמן וכו' דאמרינן פנים חדשות באו לכאן :

דאמנם כד דייקת שפיר אין מלשון הריב"ש שום ראיה ומאי דקאמר דאפילו אמר כל זמן שהיא ביתך וכו' ה"פ דקאי אהיפא דאמר אם לא א"נ ע"מ שהמעשר ראשון שלי שהי הוא שלו . ופשטן של דברים מוכח השיורי שיירו' למקום מעשר ראשון והוא שלו אפילו כי מכרה לאחר דחלקו אינו מכור וכמ"ש מרן בשו' ר"ש כפי' ועל זה קאמר הריב"ש בשאלה דאפילו אמר כל זמן שהיא ביתך וכו' משמע נמי דאם מכרה לאחר אין לו עליו כלום. הא מבעיא י"ל דלאחר אין לו עליו כלום הא אם חזר וקנאה הוא סד"א לחזור וכו' אמרינן דליתא דגם בשחזר וקנאו אין לו עליו כלום דאמרינן מה מכר א' לב' כל זכות שתבא לידו אבל הא"כ דאם אינכם בשהם שפשר עדין לומר דלא אמרינן פנים חדשות באו לכאן : ההמנם מתוך תשובת הריב"ש נראה בלא ס"ל לחלק בין אם היה בשהם בין אם הנוטר כל זמן שהוא הגאל דלא ללמוד מתחילה דבן לוי והו"א מ"ה פלומי קונם לביתך שאיני נכנס וכו' דאם מכרו וחזר וקנאו מותר דפנים חדשות באו לכאן ועל זה השיב הריב"ש דלד' דבשם ממונא הוא וסותר שיורים וכיון שמכרו ונכנס בה הקונה מבלי שום שיור בשחזר וקנאו קנה כל זכות הב' דמה מכר א' לב' וכו' אבל בבית איסורא כיון שאסר ביתו עליו אע"פ שמכרו לא מתבטל האיסור וכו' ע"ש ואם איתא דיש לחלק בין אומר כ"ז לשהם מה לו להריב"ש לחלק בין איסורא לממונא שפיר הוה ליה לחלק אע"ג דהוי ממונא ותמונה בין אומר כל זמן אם לאו ולומה הל"ר לשקיה דבן לוי התאם שאני דאמר ליה כל זמן שהיא ביתך ומשמ' מקנין הראשון דוקא מה שאין כן דהתם שהם קונם לביתך שאיני נכנס אלא ודאי שדעת הריב"ש דליכא לחלק בהכי .

וכן אתה מוצא להרשב"א ז"ל בח"ג סי' תקל"ג דכ"ד חמה ממש לנ"ד דנכבשה העיר תחת המלך הראשון וגורשו היהודים מחזקתם ושוב חזר המלך הראשון למקומו והחזיקו אחרים בחזקה וכתב הרב בסוף התשובה וז"ל והוי יודע דאפי' אם חזר המלך הא' ולקח מלכותו בחזקה שהיא בתחלה לא חזר השוכן לחזקתו לפי הדין חדא דהא נפסקה מלכות אחרת ותו כיון דגורשו היהודים נתיאשו ממנה ועוד דאפילו זה המלך שחזר ונחזק במלכות אם ירצה לקחת החנות מיד ראובן דינא דמלכותא הוא וכו' כיון דקנין חדש הוא ואפילו לנכסי הדיוט אמרינן כה"ג דתניא האומר לבן לוי וכו' מכרה לאחר וקנאה אין המע"ר שלו ולמד ממנה הרשב"א ז"ל דהמקבל עליו לזון את בת אשתו כ"ז שהיא נשואה עמו נירשה והחזירה פטור מלזונה דכל זמן שהיא עמו מנישואין הא' משמע וכ"ש בנ"ד שמכר לו המלך החזקה שהם דמקנין הא' משמע ולא מקנין הב' שהרש עכ"ל :

הרי שדעת הרב דליכא לחלק בין אמ' כ"ז אם לאו שהרי לא אמר לו המלך במכירת החזקה כ"ז שהמלכות תחת ידי אלא סתם ואפ"ה דן הרב ז"ל כיון דנשתנה המלך וגם נגרשו היהודים אעפ"י שחזר הדבר אמרי' פנ"ח באו לכאן וזכה מי שמחזיק באחרונה וק"ה לנ"ד :

אבן עין רואה להרשב"א ז"ל בתשו' סי' תתקס"ב שנשאל על ראובן שכתב שיור ליורשי אשתו והערים שגירשה ואח"כ החזירה ומתה בלי זש"ק אם חייב להחזירה ליורשים אם לאו והשיב דחייב וכתב בתוך התשובה ועוד שלא ע"ד קידושין הראשו' לבד קיבל אלא כ"ז שתמות תחתיו דומה להשיא דבן לוי שמכר ש"ק לישראל וכו' ואם אמר כל זמן שהיא זו ביתך מכרה לאחר וחזר ולקחה ממנו דאין לו עליו כלום כלו' משום דכיון שאמר כל זמן שהיא זו ביתך גרעתי גרעי והרי יצאה מתחת ידו אבל אם לא א"ל כן אפילו מכרו לאחר וחזר ולקחה עדיין תנאו הא' קיים וה"נ לא שנא וכו' עכ"ל . הרי לך שהרשב"א ז"ל מחלק בין אומר כ"ז או לא דבאומר כל זמן גרועי גרעיה וזה הוי הפך מה שדקדקנו מדברי הריב"ש והרדב"ז . אמת שהרדב"ז עצמו ח"ב סי' תתל"ז הביא תשובת הרשב"א שלו שהוק' לשואל מדברי הרשב"א עצמו שכתב בתי' דהמקבל עליו לזון את בת אשתו נירשה והחזירה פטור מהשנה דבן לוי והוא הפך דברי עצמו שכתב בתשו' בדין השיור והשיב דל"ד שהשיור אינו תנאי אלא שנא בעיקר הכתובה אבל מי שקיבל עליו לזון בת אשתו זו שלא ישא אחרת עליה נתבטלו מטעם שנירשה . ואף שלפי טעם הב' של הרשב"א ז"ל דהאומר להשיא שלא ישא עליה אחרת אם נירשה והחזירה לא נתבטל תנאו אבל הוא ז"ל לא סמך בתשו' ע"ז שהטעם אלא כפירוק טעם הא' וסג' שכתב וכ"ש זה"ד . ואין ספק דהרדב"ז בתשו' הנ"ל שתק על השיא תשו' דסי' תתקל"ז דסבר דאין זה טעם בעיקר לחלק בין אומ' כ"ז אם לאו אבל ח"מ הלשון שכתב וכ"ש בנ"ד שמכר לו המלך החזקה שהם דמקנין הראשון משמע ולא מקנין הב' שהרש עכ"ל קשה דאיך הוי כ"ש . ואיך שיהיה דעת הרשב"א כטעם הב' דווקא באומר כל זמן דגרועי גרעי אבל אם לא א"ל כן תנאו הא' קיים ואיך יצדק לומר בכה"ג כ"ש וכו' ולע"ד אין ספק

דכשכתב הרדב"ז תשו' דת"ג עדיין לא ראה תשוב' הרשב"א דסי' תתקס"ב ול"ע. ע"כ נמצא מדברי הרב המחבר נר"ו והכל על דאכרין ולא משתכחין

כאם הצעיר

חיים מרדכי

לבטון

ס"ט

סי' כ"ה

השאלה נזכרה ומתוך דברי התשובה יובן השאלה

הנה הרב הפוסק בכל דבריו ותשו' הזל לשיטת מסדר השאלה ומסכים והולך דהר"מ ובנו בני מרדכי הי"ו הנתבעים מאז ומקדם לא לייתי לדינא יען לא קיימו וקבלו מה שפסקו לשם דייני ע"ת דמשק יע"א בשנת תקל"ו כמבואר בשאלה לארכה ולרחבה וכשאני לעצמי רואה אנכי דכגון דא ליכא רבא לקרותם עוברים על ד"ת כי לא אבו שמוע כי עין רואה בשטר קבלת הדיינים של עוכ"י דמשק שם כתוב ומו"מ קיבלנו עלינו לשלשה דיינים הנז"ל קבלה גמורה וכו' ובפירושא אתמר שקיבלנו עלינו לשלשה דיינים הנז' לדון בכל הנז' וכו' ומו"מ כל מה שיפסקו מעלת הדיינים הנז' בכל הנז' כמו שיכתבו ויחתמו בידינו וכו' כן יהיה וכן יקום וכו' ולקיים כל הנז"ל קנו מידינו וכו' ונשבענו וכו' לקיים את הנז"ל יעש"כ והנה כל לשון הקבלה יורה יורה דאדעתא דשלשה הדיינים יתנו ועד שיכתבו ויחתמו ויתנו בידם והנה כיון שאנו רואים שסוף סוף לא חתם עמהם הדיין הנ' הוא הרב כמהרק"ס טובי הי"ו יהיה מאיזה טעם שיהיה לא נשאר חיוב על הנתבעים הנז' לקיים גזירת השני דיינים הנשארים כי לאו אדעתא דהכי קיבלו עליהם גזירת הדיינים אלא כדקיימי תלתא ויכתבו ויחתמו שלשתם ואז אי לא לייתי יהיו נקראים עוברים על ד"ת ואין מקום לטעות כמה שכתוב בשטר הקבלה הנז' וז"ל אך ורק כאשר יגזרו אומר מעלת הרבנים הנז' ויכתבו פסק"ד כאשר נראה להם הן לדין הן לפשרה ויכתבו ויחתמו ויתנו בידינו כל מי שיסרב לקיים דבריהם אזי יכתבו לנו הדיינים הנז' כתח"י שלשתם או תרי מהם שהרשות נתונה בידינו להקריב את משפט המסרב לפני אילי הארץ ולכופו לקיים משפט כתוב וכן יעשה וכו' עכ"ל:

וממ"ש יכתבו לנו הדיינים כתח"י שלשתם או תרי מהם נראה דקיבלו אפילו אם יחתמו תרי מנו תלתא דיתבי הא ודאי דליתא דהעיני בשר לו יראה דפירושן של דברים ואמיתותן שגמר הדין לא יהיה אלא כשיחתמו שלשתם דוקא אבל אם אחרי כן יסרב איזה את מהם אזי יכתבו ויחתמו שלשתם או תרי מהם להרשות לכת שבגנ"ו לכופו ע"י אילי הארץ והדברים מראים כטעם כעיקר כי להיות שא' מהשלשה דיינים הוא מהר"א אשכנזי הי"ו שד"ר ורוצה ללכת לדרכו בשליחות מצוה ואולי עד שיתקנו עמהם ברשות הנז' משו"ה קיבלו שאם יסרב הא' שיכתבו שני הדיינים להרשות לכפות להמסרב אבל לעיקר גמר הדין הא פשיטא דלא סגי אלא כשיחתמו שלשתם ומי שירצה להתעקש ולפרש מלשון זה שעיקר הדין סגי בתרי מנו תלתא הרי זה כופר על האמת המבואר ולא יאמן שום בעל שכל שיטעה בזה כי הדברים ברורים כשמש בחצי השמים:

וראיה גמורה ותוכחת את כל ונוכחת ממ"ש אחר כך ודלינו לבאר שאפילו יצא הפסק דין כתוב וחתום בכת"י שלשה הדיינים הנז' אשר מינן חייבוהו וכו' אפילו הכי אין רשות בשום צד ואופן ללכת להוציא ע"י עש"ג וכו' אלא עד שיהיה פתקא רשות מהדיינים הנז' או מתרי מנייהו דחתימי שהם נתנו לו רשות וכו' ע"כ הרי מבואר כאס"ע כי לעיקר הפס"ד בעי כתוב וחתום בכתח"י הג' דיינים דוקא אך בענין הרשות סגי בתרי מינו תלתא ואם כן הרא דקימא על הב' דיינים אין בת ובכורה נתן להם להיות מושלים של הנתבעים לקיים מאמרם וקרי להו עוברים על ד"ת כמה שאין חייבים מן הדין לעשותו והנה כי אזלא לשיטתייהו כי טעם הדיין הנ' שלא חתם כי נפל פחד מרדכי עליו ולפי דבריהם כבר ידע להיכן הדין נוטה וסילוקו הוא מפני פחדו ועפ"ז ודאי דלאו שפיר עבד וכמ"ש מרן הב"י בסי' י"ב דמדברי הכנ"ל מוכח דאינו רשאי להסתלק אלא קודם שיגיע להיכן הדין נוטה.

ובאמת שהכ"ח שם חלק עליו וס"ל דיכול להסתלק אף שידע להיכן הדין נוטה ומטעמא שלא יהא חוק רודפו אבל החילוק בין ידע ושלא ידע הוא דאם ידע להיכן הדין נוטה הנה שנסתלק יכולים הב' לגמור הדין אבל אם נסתלק קודם שידע להיכן הדין נוטה אין הב' יכולין לגמור והשתא דאתינא להכי אם יאמרו ב' הדיינים שכבר נשאו ונתנו עמו הנה שהוא סילק עצמו מה לנו ואנחנו נגמור הדין הב' כיון שכבר ידע להיכן נוטה וכבר ראיתי תשו' שלימה להרב מהר"ש כרודו ז"ל הובאה בפ"מ ח"ב סי' ק"ך שכתב ע"ב לא פליגי אלא אם רשאי להסתלק אם לאו אבל לענין להיגמר הדין בב' לכ"ע אם כבר גמרו טענותיהם קם דינא עפ"י הב' הנשארים כיון שהם תרי מנו תלתא וכבר נשאו ונתנו בדבר הא קח לא כ"מ אם סילק א' מהם את עצמו עכ"ל והפ"מ עלה בהסכמה ע"ד יעו"ע וה"ה בנ"ד דשוי דכוותי' ממש:

מ"מ כשאני לעצמי רואה אנכי דבנ"ד שאני כיון דאעיקרא דמילתא קפדי בהכי שכתבו כמה פעמים בשטר הבירור ויחתמו בכת"י ג' הדיינים ויתנו לידינו וכו' גם בר"ל שכתבו אחר כך כתוב שאפילו יצא הפסק דין כתוב וחתום בכת"י שלשה הדיינים וכו' והגם דזה יש לפרש דלרבותא קאמר דאפ"ה אין להם רשות ללכת לעש"ג מ"מ כל דברי השטר הבירור יורה דאדעתא דכתיבת וחתימת ג' קפדי ולא סגי בתרי מנייהו אלא לענין רשות ללכת בעש"ג. חדא ועוד קאמינא שנראה ברור מדברי הפוסקים שהבאתי דבעינן נשאו ונתנו בדבר ולהכי הכא אי נסתלק א' מהם לא מעלה ולא מוריד ובנ"ד הרואה יראה כמעכ"ד שעשו וז"ל מהודעין

אנחנא

אנחנא כ"ל דס"ל שנתבררנו לדון בין הגבירים וכו' אחר ששמענו טענותם אנחנו מחייבין ונוהרים וכו' ואם איתא הו"ל לכתוב אחר ששמענו טענותם ונשאנו ונתננו בדבר אנחנו מחייבין וכו' ודבר זה עיקר ואין דרך להשמיטו דמה לנו בשמיעת טענותם אם לא ישאו ויתנו בדבר אלא ודאי שמראים בדברים שדבר ה' כפיהו אמת שלא נשאו ונתנו בדבר יפה יפה ובשמיעת טענותם לבד חייבו וגזרו והגם אי נימא דט"ס נפל במעכ"ד ובעיקר שם כתוב שנשאו ונתנו בדבר מ"מ כבר כתבתי דבכ"ד שאני דקפדו שיהא כתוב ותקוע מג' הדיינים וכאמור .

והגם כי ימלא הכע"ד מקום לומר שאפשר לפרש לשון שטר הברורה באופן שקיבלו עליהם מה שהורה הדין נותן בכל דוכתא ומ"ש חת"ו שלשת הדיינים אורחא דמלתא נקטי ולאו קפידא הוי ותיר הדין דאף שנסתלק הא' יכול לגמור הדין בב' הנשארים מ"מ לא יהא אלא ספק בלישנא דשטרא וכבר כתב הרשב"א בתשו' הביאם הב"י סוס"י י"ג שמעמידין השטר וממונו על חזקתו עד שיודע בודאי שהוא חייב יע"ש · גם בתשו' שאחריה כתב שכל שיש ספק במשמעות התקנה הולכים לשקל לנתבע וכו' ועוד שכל המע"ה עכ"ל וה"ה בב"ד ועיין שו"ת שבות יעקב ח"א סי' קל"ג וקל"ז וקמ"ב ומעתה כיון שלא חתמו בפס"ד כי אם שנים מהם אין מן הדין על הנתבעים לקיים גזירתם · והגם כי אין הדברים צריכים ראיה מ"מ לפוטרם בלא כלום ה"א והוא מהש"ס בפ"ק דסנהדרין ד"ל ע"ב דאמרינן התם אמר שמואל שנים שדנו דיניהם דין איתביה רבא אפילו ב' מזכין או שנים מחייבין וא' הו' אומר איני יודע יוסיפו הדיינים ואם איתא ליהוו כשנים שדנו שאני התם דמעיקרא אדעתא דתלתא יתבי הכא לאו אדעתא דג' יתבי ע"כ והגם דבאמת תירוץ זה אליבא דשמואל דס"ל דב' שדנו דיניהם דין ואנן לא קי"ל כשמואל מ"מ הסברא לא הוכחש ולא עדיף משנים מזכין או שנים מחייבין ואחד אומר איני יודע . וכ"כ בהג"א שם וז"ל ושלשה שישבו לדין וסילק האחד את עצמו וכו' אין השנים יכולין לגמור הדין וכו' כיון דמעיקרא אדעתא דג' יתבי עכ"ל ומרן ז"ל בסי' י"ח ס"ד פסק להדיא דהג"א מבלתי שום חולק יע"ש גם הרשב"א ז"ל בתשו' הביאם הב"י סי' י"ג מתו' ט' כתב על רו"ש שביררו להם יו"ד אנשים לראות בדינם הן לדין הן לפשרה ונשבעו כאשר יגזרו ונסתלק אחד מהם ושאל ששואל אם חייב ראובן לקבל מ"ש התשעה הנותרים והשיב דבר ברור הוא שכיון שנסתלק אחד מהם נתפרדה חבילה ע"ש ופסקה מרן שם ס"ז יע"ש .

והדברים ברורים מתא דתני במתני' בפרק זה בורר שנים מזכין או מחייבין והאחד אומר איני יודע יוסיפו הדיינים ולא עדיף נסתלק מהאומר איני יודע וכן פרש"י שם במתני' וז"ל אע"ג דהאי הוא פליג עלייהו הוה בטל במיעוטו כי אמר א"י הוי כמי שלא ישב בדין ונמצא הדין בב' ואנן תלתא בעינן עכ"ל הרי דאם לא ישב גרע מאיני יודע · ובתשובתי ראיתי להרב בנה"ג בתשובה בח"א ח"מ סי' י"א שהאריך בענין זה וכתב דנראה פשוט דאין חילוק בין ירדו מתחי' לדעת ג' בין ישבו בין לא ישבו אלא ב' דאין במעשה השני כלום והביא ראיה מדברי המאירי בפ"ק דסנהדרין שכתב ואפילו למ"ד שנים שדנו דיניהם דין דוקא שישבו מתחי' על דעת שנים אבל אם ישבו מתחי' על דעת שלשה ונסתלק האחד וגמרוהו הב' אינו דין עכ"ל ואם הדבר תלוי בישיבה דוקא הי"ל לו' וכו' אלא אם ירדו מתחילה על דעת שלשה אם גמרו בשנים אין דיניהם דין עכ"ד · וגדולה מזאת ראיתי בתשובת מהרש"ך ח"ג סי' ח' ששאל על ראובן שקיבל עליו לעשות ככל אשר יגזרו עליו יהודה ולוי ושוב טען שכיון שיהודה אחד מהדיינים ה' יכינו נתפרדה חבילה וכתב בתשו' שלכאורה תליא בפלוגתא דרבי יאשיה ורבי יונתן או וא"ו להוסיף או וא"ו לחלק ושוב כתב דלפי האמת ליתא דלשון אשר יגזרו משמע שניהם יחדיו ועוד דהל מהכא משמעות הלשון כיון שבע"ד בא עליו מכח מה שנתרצה לקבל עליו פשרת יהודה ולוי יכול לטעון ולומר אני לא נתרציתי כי אם בפשרת יהודה ולוי יחד ע"ש הרי שאף בלשון מסופק יכול הוא להתגלגל ולומר לא קיבלתני אלא אדעתא דהכי · והאמנם זו היא קשה ולא ידענא מאי אידון בה דקשה על הרב הדיין הג' שלא חתם ממ"נ אם דעתו מסכמת עמהם פשיטא דהיה לו לחתום עמהם ככתבם וכלשונם ואם אין דעתו מסכמת גם כן הלכתא פסיקתא דאזלינן בתר רובא דהם שנים אומרים זכאי ואחד אומר חייב הרי זה זכאי וכן להיפך ויכתבו בפסק דין מתוך דברינו נתחייבו כמ"ש מרן בסי' י"ט ע"ש בסמ"ע סק"ג גם קשה על השני הדיינים איך לא הכריחוהו לחתום עמהם והרואה יראה דעת מרן ז"ל בתשו' אבקת רוכל סי' י"ט וק' שיכולים השנים להכריח הדיין השלישי לחתום והסכים על ידו הרדב"ז ז"ל הובא דאם לא חתם מתבטל הענין יע"ש והוו תרי נגד המבי"ט ז"ל ובאמת דלא ידענו טעמו ולא ממשו של הרב הדיין השלישי בזה וראיתי בפסק דין שכתב הרב המו' כמהר"י בכון נר"ו שהם כתוב ודקדקתי ושאלתי מפי הדיין השלישי מע' הרב כמהר"ם טובי הי"ו והודה לפני שכל הכתוב אמת ויציב נתברר בפניהם והודה כן אבל לא נייחא לריכא וקשים הם כמאד מאד עכ"ל ויגדל התימה לפי זה איך לא חתם עמהם דהא בזה שלא חתם הוא נותן אצבע בין שיניהם שיאמרו כי לפי שורת הדין אינם חייבים לקבל כיון שלא חתמו ג' ולאו משום דקשים הם ורשאי לומר איני נזקק לכם שמא יתחייב שקשה ונמצא רודפו את חברו בלידה דכל זה הוא דוקא קודם שישמע דבריהם או אחר שישמע ואינו יודע להיכן הדין נוטה אבל כששמע וידע להיכן הדין נוטה והא ראיה שאמר שכל הכתוב אמת ויציב ונתברר בפניהם והודה כן הא ודאי שאינו רשאי לומר שאינו נזקק וכמו שמבואר בסי' י"ב בדברי מרן יע"ש ·

ומה שלבי אומר ודעתי נוטה דמעשה שהיה כך היה דבאמת שכל נתברר לפני השלשה דיינים המה מטיבי אכן לא שוו בגזירתם יען כי לא נכחד כי גם שאר האחים והשותפים הגיע לידם איזה סכים מנחלת המלך קיים ז"ל יען כי

דב

רב מאד מתנתו כנודע ודעת הרב הדיין השלישי שהינו מן הדין שיביא ני׳ משה כל מה שהגיע לידו מנחלת אור החיים ז״ל ויחלקנו לארבעת רבעיו והם לא הגידו על מה שהגיע לידם והנה כי כן כגון דא צריכה רבה עד שיתברר מה שהגיע לידם אכן הרב הגביר יעקב הי״ו בהיות דסמכה דעתיה שירטט וכתב פסקא דדינא וחתם עליה הוא והר״א אשכנזי על סמך כי בודאי גם הדיין השלישי יחתום עמהם דאזלינן בתר רובא ואחרי שחתמו הנה בודאי הדיין השלישי יש לו איזה ראיות ותוכחות מ״מ אחרי שכבר נכתב ונחתם הגזר דין לא ב״מ מידי אפילו אם ישא ויתן עמהם באיזה דברים והוכחות וראיות דמחמת כיסופא לא הדרו בהו וכמ״ש מהרלב״ח ז״ל בספק הסמיכה יע״ש ואף שמהר״י בירב חלק עליו בזה כאשר מבואר שם כבר כתב מהרי״ט ז״ל בתשו׳ ח״מ סי׳ ע״ט דע״כ לא פליגי אלא מפני שאותו ענין לא הוי הוראה ע״ש ובאמת שמדברי הלח״ר סי׳ פ״ז נראה דסבר דגם בענין הוראה פליג יע״ש אכן רבים מהאחרוני׳ הסכימו לדעת מהרלב״ח בזה ועיין בכנה״ג סי׳ י״ג הגהב״י אות כ״ד והרואה יראה שבתשו׳ מ״ל ח״ב סי׳ ד׳ ול״ה הביא דברי הרלב״ח בסתם ולא חש להביא דברי מהריב״ר וגדולה מזאת כ׳ מרדכי הרב משפטי שמואל סי׳ נ״ב דאפילו אם אח״ך ישבו וישאו ויתנו ויסכים היחיד עמהם לא מהני הסכמתו יע״ש ועיין מהרשד״ם בח״מ סי׳ ב׳ שפסל לדיין שכתב פסק באותו נדון יע״ש · ואם כנים אנו בזה ואם עשה הדיין השלישי שסילק עצמו וכ״ש שהרואה יראה בפיסקא דחתימי עלה השני דיינים יש בו גזירה שגזרו על הנתבעים אשר לא הכירו בשטר הבירורים שגזרו על ני׳ משה שיביא התכשיטין של אשת ני׳ שלמה נ״ע ועל דבר זה נדרשו ללא שאלום ואין עליהם לקיים דבריה׳ וכמ״ש הלחם רב בתשובה סי׳ פ״ה יע״ש שהביא דעת רבו מהרשד״ם ומהרי״א שב״כ יעו״ע גם בתשו׳ מהר״א ששון סי׳ ע״ה בנ״ד שטען במעון הבעל דין שגזרו הדיינים על מה שלא נשאלו מהם ולא קיבלום כ׳ דאפילו אם יאמרו הדיינים שגם ע״ז היתה הקבלה אינם נאמנים דהוי נוגעים בעדותם כיון שכבר נתנו וחתמו וכתב עוד דאף אם יתרצו לעמוד בדין על הדבר הזה לא מהני והביא ד׳ מהרלב״ח יע״ש והדברים ברורים. מעתה כיון שכבר נתנו דים פנים הנראים לדיין השלישי שלא חתם ולא ישב עמהם עוד לישא וליתן בדין התורה א״כ אין מקום לומר על הנתבעים דלא לייתי לדינא כיון דעיקר חיובם וקבלתם היתה לשלשה הדיינים הנבררים והרי הם שנים ועל זה לא קיבלו עליהם וק״ל. שו״ר להכ״ע בסי׳ רכ״ח דע״ב ע״ג שכתב דהרב משפטי שמואל יחיד הוא בסברה זו יע״ש · הנלע״ד כתבתי הצעיר

חיים מרדכי

לבטון

ס״ט

סי׳ כו

שאלה מעשה שהיה היינו יושבים בביתו של הגביר יעקב אליעזר בא משה ן׳ אחיו של הגביר הנז׳ ומיכאל חתנו של זה משה בקטטה זה ע״ז שזה מיכאל רוצה מן משה הנז׳ עישור נכסים של אשתו שהיא אחותו אז משה הנז׳ ובתוך זה הדברים עשינו פשרה ביניהם יה משה הנז׳ לא יש לו לא בנים ולא בנות ואמר לנו הוו עלי עדים נאמנים שאני נתתי כל הממון שלי במתנה לדודי זה הגביר יעקב אליעזר הנז׳ והיה יושב ח״ר משה הכהן השליח כולל אמר לו לא תתקיים המתנה בלא שטר ובלא שייר לשיורשים וחזר ואמר לו תכתוב השטר כפי דין תורה ותשייר חמשים גרש ואמר לי ח״ר משה הכותב השטר כפי דין תורה בכל יפוי כח קיום המתנה ואמרתי בוקר הכתוב אותו ולמחרת הלך ח״ר משה לדרכו ובא זה משה לשוק ושאל לי לא כתבת השטר עדין ואמרתי לא יש לי עסק עכשיו ונתכעס עמי על מה שלא כתבתי אותו עדין וחזר ואמר להעדים הוו עלי עדים נאמנים שנתתי כל הממון שלי בין מטלטלי בין מקרקעי במתנה גמורה לדודי יעקב אליעזר הנז׳ ברצוני בלי שום אונס ואמר לי תקום ותכתוב השטר על השיור כפי דין תורה כפי דעתך ע״כ דבריו ולמחרת היה לי עסק והלכתי לעסקי ושכחנו לכתוב השטר ועכשיו זה משה נלב״ע ויעקב אליעזר גם כן נפטר לאחר פטירת משה בכמה ימים ועכשיו בנו של יעקב אליעזר כבר תפס הממון אביו מקודם ואחר מיתת משה הנז׳ נולד לו בת ואשתו אומרת הממון לבתי נופל בדין תורת נחלה וזה הגביר אומר כבר יש לי עדים שנתן כל ממונו לאבי במתנה. וזהו הספק אם תתקיים המתנה לזה הגביר או לא ובכן תשלח לעבדך התשובה באורך ושכמ״ה

תשובה איני רואה כראוי להאריך בתשובה שאלה זאת יען כי נראים הדברים ברורים שאין ממש במתנה הזאת האמנם אלקטה בה באומרי׳ם ובדי להתלמד למקום אחר ואומר דמה שיש לבטל מתנה הזאת ממה שנראה מלשון השואל שלא היה קנין במתנה הלז מתחילה ועד סוף כי אם בדבורא בעלמא והרי קי״ל דמתנת בריא צריכה קנין ודוקא בש״מ אינה צריכה קנין דחשו חז״ל שלא תטרף דעתו וכמבואר בטח״מ סי׳ ר״ן ואף שדברים אלו ברורים ופשוטים מ״מ לפוטרם בלא כלום א״א ופוק חזי מ״ש מרן ז״ל בתשו׳ בספר אבקת רוכל סי׳ ע״ו וז״ל אין מתנה זו כלום מכמה טעמים חדא שנתן במתנת בריא ומתנת בריא אינה נקנית בדברים אלא צריך לזכות באחד מן הדרכים שתקונה זוכה בהם וכמבואר בפ״ג דזכיה ובנדון זה לא היה שום קנין כ״א דברים בעלמא ולא קנו עכ״ל והדברים ק״ו לנ״ד דהתם מיירי בש״ת וכתב במתנת בריא וכ״ש וק״ו בנ״ד שהוא בריא באמת וברור ·

ולא עוד אלא אפילו אם היה קנין בדבר יש לדון בדבר דאם היה בשעת המתנה הנז׳ מעות בעין הרי קי״ל דמטבע אינו נקנה בחליפין ואם

ואם היה בהם שטרות גם כן אינם נקנים בקנין ובעו כתיבה ומסירה ואם היו חובות בע"פ בעו מע"ג והמבואר כל זה בח"מ סי' ר"ב ס"א וס"ט יע"ש וכ"כ מרן ז"ל בתשו' סי' פ"א בנ"ד וז"ל ועוד שאפילו אם היה נותן לה בתורת מתנה בפי' חלי נכסיו לא קנתה מכמה טעמי חדא מפני שהמתנה אינה נקנית בדברים בלי שיקנה אותם אחד מהדרכים שהקונה זוכה בהם במקחו וכאן לא נעשה שום אחד מהקניינים הצריכים שנית שנכסים אלו כולם הו רובם אחר כך הרויח אותם אם כן איך היה אפשר ליתנם במתנה ואם לא נודע כן בבירור על המקבל להביא ראיה וכל שלא הביא ראיה אינו זוכה אפילו קנה באחד מהדרכים שהמתנה נקנה וכנ"ד אין שם לא זה ולא אותו וכו' שלישית שאפילו הנכסים שנתבררו שהיו לו בשעת נישואין מה שהיה במטבע אין למקבל דרך לקנותו כי אם במשיכה או באגב וזה ודאי לא נעשה עכ"ל וה"ה בנ"ד וכן כתב בתשו' הכנה"ג בח"מ ח"א סי' קס"ד דקל"ה כ' ודקל"ו סוע"ג יעוש"כ ועיין להרב כ"ר בח"מ סי' קכ"ג דבנ"ד שם כתוב ומפורש שאמר אני נותן לפ' מתנה גמורה כל פרט לדינו וקנינו השייך לו דהיינו השוקות בק"ם ובשטר והמטלטלין במשיכה • המעות בענין באגב שהלואות על פה במ"ג • הלואה בשטר בכתיבה ומסירה וכו'. והשיב שכיון שלא עשה אותם הקנינים באותה שעם נ"ק המקבל יע"ש :

וכתב עוד שם דקנ"ד ע"ד וז"ל ואפי' אם יטעון המקבל שעשה לו הנותן אחר כך אותם הקניינים אינו נאמן חדא שהוא בא להוציא מחזקת היורשי' והמע"ה ולכן צריך להבי' ראיה שעשאם ואם לא יביא אינו יכול להוציא מחזקת היורשים ועוד דא"א לכל אותם הקניינים לעשות אלא בעדים וכיון שאינו מביא עדים בדבר שמצוי עדים אינו נאמן וכמ"ש הריב"ה בסי' קפ"ז וכו' יע"ש וכ"ש וק"ו לנ"ד :

והשתא דאתינא להכי יש מקום לומר דאפילו המטלטלין והקרקעות לא קנה והוא עפ"י מ"ש המרדכי בפרק מ"ש סי', תר"ה מעשה באחד שהקנה לחבירו בק"ס קרקעות ומטלטלין ומעות בבת אחד ונחלקו חכמי הדור בדבר י"א דדמי לקנה את וחמור וכי היכי דלא קני המעות לפי שאין מטבע נקנה בחליפין גם המטלטלין והקרקע נ"ק וי"א דקנה הכל וכו' וכתב רבינו שמחה דע"ג דמעות נ"ק קרקעות ומטלטלין קנה וכו' וליכא למימר דדמי לאת וחמור דחמור לאו בר קנין אבל מטבע נקנה במשיכה עכ"ל • וכבר ראיתי להרב מטה שמעון סי' ר"ב הנב"י אות ח"ו שהביא משם רבים האחרונים דס"ל דהמוחזק יכול לומר קי"ל במ"ד דלא קנה כלל ובכר נודע דהיורש היא המוחזק ויכול לומר קי"ל וכאמת דלדידן דאזלינן בתר פסקי דמרן ז"ל לית לן למימר קי"ל והרי מרן ז"ל סי' ר"י ס"נ פסק דקנה מחצה וכו"ן וכמו שכן פסקו הרי"ף והרמב"ם ואם כן פשיטא דקנה הקרקעות והמטלטלין הגם דל"ק המטבע והשטרות. האמנם ראיתי בתשו' הרב פמ"א ח"ב ס"ס נ"ה שכתב דע"כ לא נחלקו אלא במקנה בק"ם דאיכא למ"ד מנו דחייל אמטלטלין וכו' או שנאמר

דמעות נ"ק אבל מטלטלין וקרקעות קנה בק"ם אבל בנ"ד דליכא שום קנין כי אם הודאה לכ"ע לא קנה עכ"ל והכיאו המט"ש שם אות י"ט :

איברא כשאני לעצמי לא ידעתי כונתו דאי ס"ל דיש הקנאה בלשון הודאה א"כ כי היכי דקנה המטלטלין והקרקעות קנה גם כן המטבעות דמה נשתנו זה מזה ואי' הודאה ל"ת גם במט' ל"מ ומי שם פה לו' דיש חילו' ביניה' דמטלטלין קנה ומטבע לא קנה עד שנאמר דאם הקנה אותם באחד לא קנה שום אחד מהם. וכ"ע יודו בזה ול"ע ואיך שיהיה בנ"ד דליכא שום קנין ולכ"ע מתנת בריא צריכה קנין אם כן לא קנה כלל לא זה ולא אותו כין לסברת הפמ"א בלו כין לדעתינו .

ובדרך אגב ראיתי להפמ"א בח"ב סי' א' שכתב בנ"ד וז"ל הן אמת דעדין צריכים אנו למודע'י אל הס' שנסתפק השואל אולי היו בנכסים אלו מטבע ואינו נקנה בק"ם וכיון שכן אפשר שתתבטל שטר מקנה זו כההיא דמרדכי פרק מ"ש בההוא דמקנה לחבירו בק"ם קרקעות ומטלי ומעות די"א דדמי לקנה את וחמור ולא קנה וכו, יע"ש ואני אומר אי משום הא לא איריא דלא היה מקום לספק דודאי אין לברות מלבנו שמא היה שם מטבע לבטל השטר על הספק וכתרומה לי שראיתי בתשו' מהר"ש כיוצא בזה עכ"ל. וגדולה מזאת נראה מתשובת מהר"י הלוי סי' ס"ו דקנ"ה ע"ד שנראה מדבריו דאפילו ידענו שיש שם מעות כיון שלא הזכיר בפירוש מעות אלא אתר כל נכסיו מודו אותם הי"א יע"ש אכן מדברי הרב מ"ן ז"ל בתשו' ח"ב סי' יו"ד ומדברי מהר"ם שם גם מד' מהרח"ש בתשו' בח"א סו"ס ט' נראה דפליגי על זה יעו"ש בדבריהם .

ומ"מ כבר כתבנו דבנ"ד דהיא מתנת בריא מתם דליכא דכ"ע צריכם קנין ומא ליכא וגדולה מזאת שכתב הרמב"ם ז"ל בפ"ח דזכיה דין י"ח שכתב וז"ל אל תטעה בש"מ שכתב כל נכסיו ופירש שנתן הכל מעכשיו והקנה מחיים שאין זה מתנת ש"מ אלא כשאר כל המתנות הבריאים שאם הגיע השטר ליד המקבל או שקנו מיד הנותן קנה הכל ואין יכול לחזור בו ע"כ. ופסקה מרן בסי' ר"ן ס"ט יע"ש. הרי שאפילו ש"מ באמת כיון שהזכיר מעכשיו או מהיום חזר דינה להיות כמ"כ ול"ק אלא בקנין או אם הגיע השטר ליד המקבל וכ"ש בנ"ד שלא יש שום קנין וגם לא הגיע השטר לידו ולא עוד אלא ששייר ליורשיו דדינה כמ"כ אפילו אם היה ש"מ ועיין תשו' מהרשד"ם ח"מ סי' שי"ו דנ"ד היה שהיה ש"מ וכתוב בצואה מעכשיו ולאחר מיתה וכתב דלא מפני משום דבעינן קנין במ"כ וליכא וכ"ש שלא הגיע שטר הצוואה ליד המקבל יע"ש בסי' שי"ו ותמה על זה הרב מהר"ם אלמושנינו יע"ש :

אכן הנה מקום איתי להעמיר קצת דבר המתנה הזאת והוא ממאי דגרסי' בפרק השולח ד"ת ח"ר האומר נתתי שדה פ' לפ' והוא אומר לא נתן לי חיישינן שמא זכה לו ע"י אחר ע"כ ופסקה הרמב"ם בפ"ד דזכיה דין י"ב ע"ש ומרן ז"ל

ז"ל פי' דמ"ש ש"ר יעו"ש והנה הר"ן ז"ל הביאו הב"י שם שהקשה אמאי דאמרינן שם בגמ' סמוך לזה א"ר האומר נתתי שדה פ' לפ' וכו' הרי היא שלו וא"ר יוחנן וכולן בשטר ופירש"י האי שאומר דקתני כותב הוא אבל באמירה בעלמא לא והקשה הר"ן דאמאי לא מהני אפילו בע"פ כאומר נתתי משום הודאה בע"ד וי"ל דכי אמר בדרך הודאה ה"נ אבל הכא בבא ליתן לו בלשונות אלו עסקינן ע"כ והנה מלישנא דהר"ן הלז הדבר ברור דכי אמר נתתי בדרך הודאה מועיל ויגיל אף אם לא היה שום קנין בדבר והנה קאזילא לרבותא קמאי דקמאי דאיפלינו בהא מלתא דנתתי אי הקנאה או הודאה הוי כאשר יראה הרואה בטח"מ סי' ס' ובבעה"ת שס"ד ח"ב סי' ג' שהביאו להרי"ף ז"ל בראובן שהוציא שטר על שמעון שכתוב בו מחמת שנתתי לו ק' זהובים ושעבדתי לו נכסי וכו' והשיב הרי"ף שאם הזהובים הם מטבע שנושאים ונותנים בו הרי קי"ל אין מטבע נקנה בחליפין וכו' והשעבוד אינו כלום כיון שהמתנה אינה כלום יעו"ש והראב"ד השיב עליו כי האומר נתתי לפ' כך וכך הודאה היא ולא הקנאה וכו' ויש לנו להעמיד השטר בחזקתו ולומר לו שזיכן לו ע"י אחר וכו' יעו"ש ואין ספק דחיליה דהראב"ד מהך סוגייא דגיטין דהאומר נתתי שדה פ' לפ' והוא אומר לא נתן חיישינן שמא זיכה לו ע"י אחר ובכר הרי"ף ז"ל כשואל כתב ברייתא זו להלכה גם מרן בש"ע שפסק לברייתא זו ובמ"ש ובסי' ס' פסק כהרי"ף דלא כהראב"ד ע"ש ויש להתבונן דלכאורה סתרי אהדדי וראיתי להרב גדולי תרומה דשמ"ט ע"א שכתב וז"ל ויראה דהראב"ד ז"ל על סוגייא זו סמך דחזינן מפשוטה דנתתי הויא הודאה ואמרינן דזיכה לו ע"י אחר אך מסוגיא זו עצמה יש ראיה להרי"ף והוא ממ"ש הר"ן שם וכ"ת אמאי לא מהני אפילו בע"פ וכו' יעו"ש נראה מדבריו דלישנא דנתתי אינו הכרח להבינו בתורת הודאה אלא כשאנו רואין מתוך הענין שאומר כן בדרך הודאה אבל היכא דליכא הוכחה אינו אלא הקנאה דאלו בע"פ הוי הודאה גם במלוה ע"פ הוו מועילים בדקדוק הר"ן עכ"ד ולע"ד לא מכרעא דשפיר י"ל אליבא דהראב"ד דל"א ר"י וכולן בשטר אלא היכא דמוכח דלהקנאה מכוין אבל בסתמא כל נתתי הודאה הוא וכן הבין מור"ם ז"ל בתשו' סי' ל"ב בדברי הר"ן יעו"ש וכן ראיתי למהריב"ל ז"ל בח' גיטין דק"ס ע"ב שהביא דברי הר"ן ז"ל הנז' וכתב פי' לפירושו דגלי דעתיה בהדיא דלאו הודאה היא אלא דבא ליתן את השדה ולשחרר את העבד בלשונות הללו עכ"ל . משמע דסתם נתתי הוי הודאה אי לאו דגלי דעתיה :

אך מדברי הר"ן פ"ק דקידושין דכ"ו גבי הא דאמרינן הכל במקום שכותבין שטר לא קנה עד שיכתוב שטר כתב הר"ן ושטר ראיה דקאמרי שאינו מועיל לקנין היינו שטר הודאה בעלמא אבל בשטר מכר כהני שטרי דידן שכתוב בהן מכרתי ונתתי לשון עבר שטר קנין הוא ולחזק הדבר כותבין כן כמו נתתי כסף השדה וכו' וראיה מדאמרינן בפ' השולח נתתי שדה פ' לפ' קנה ואמרי' וכולן בשטר כלומר דמהני מדין קנין ולא מדין הודאה

דאל"כ באמירה בעלמא סגי עכ"ל . נראה דס"ל דסת' נתתי הקנאה' היא ולא הודא' אכן יש לדחו' דס"ל דכיון דעתה נותן את השטר כזה להקנות בו הרי גלי דעתיה דלאו הודאה היא ומש"ה קרי ביה שטר קנין וק"ל שו"ר להרב בני יעקב ז"ל ד"ק ע"ג שהביא דברי הר"ן והבין לכאורה כפי' מור"ם בתשו' הנז' ושוב חזר בו ממ"ש בפ"ק דקידושין ואשר ע"כ הניח דברי מור"ם בצ"ע ע"ש ולדידי אחרי נער"ק אכתי לא מכרעא דו"ל דדעת הר"ן לומר דסתמא הודאה הוי משמע ואעפי"כ כיון שנותן שטר זה להקנות בו אמרינן דכוונתו להקנאה ומ"ש נתתי לחזק הענין . ע"כ נמצא ותבל על דאברין וכו'

הצעיר

חיים מרדכי
לבטון
ס"ט

את זה ראיתי מכתיבת יד כבוד ידידי מחמד לבי חכ' הש' והכולל **כמה"ר חלפון לבטון** ז"ל וכדו שיחיו שפתותיו דובבות בקבר אמרתי להדפיס פה והעתקתי אותם מכתיבותיו אות באות .

כתב המ"ל פ"ו מה' שכירות דין ז' שכ' ע"ד הריב"ש ז"ל וז"ל לא ירדתי לסוף דעת הרב דאף שהיו אוסרים וכו' עש"כ . ולדידי אחרי נו"ק לא ירדתי לסוף דעתו דכוונת הריב"ש ז"ל לומר דאה"נ אלו היתה טריפה בודאי היה מפטר הבודק אבל בנ"ד דבשביל מעשיו הטריפו אותה ומספיקא דין הוא דליהוי חייב אם לא מטעם שכ' הריב"ש ז"ל ודלא כמו שהבין המ"ל לכונת הריב"ש ול"ע :

כתב הרב מגן גבורים ע"ד רש"י דסוף פ' האומנין וז"ל דאר"י מנין לבעל חוב שקונה משכון פרש"י אבל מילי להתחייב באונסים וקשה דלפ"ז וכו' ונראה דהשתא כמי ידע הש"ס דר"י לא קאמר אלא שלא בשעת הלואתו וכו' עש"כ . ולדידי העבד לא הבנתי דברי קדשו דאם האמת כפירושו אם כן היכי קאמר הש"ס ואיסברא אימור וכו' דאפילו תימא הכי א"ש דפליגי בדר"י וכמ"ש הוא ז"ל דבשעת הלואתו נחתינן דרבא ומחייב בגניבה ואבדה ובדר"ע ול"ע :

הנמק"י בסוף פ' האומנים כתב משם הרשב"א שכתב על הראב"ד וז"ל למדנו מדברי הרב דבר זה שהוא פטור מפרוטה לעני כ"ז המשך המשכון בידו ומ"מ וכו' ולדידי אחרי נו"ק איני רואה שום הוכחה מדברי הראב"ד והרשב"א משמע מדבריו ז"ל דס"ל דהוי ש"ש לפי שמתחין לו ואינו תובעו כדי שיגבה מעותיו משמע שכל זמן שלא פרעו הוי ש"ש אבל אם פרעו אעפ"י שנשאר המשכון בידו לא הוי ש"ש ואינו פטור מפרוטה לעני שהרי כבר פרעו ואינו צריך עוד למוכרו בשביל מעותיו ודוק.

קום'

תוספות שם בד"ה מתני' וכו' הקשה הרב מנרנות נתן על דבריהם אלו שלשה קושיות ע"ש והנה לכ' קושיות הראשונות נלע"ד לתרץ דהאי היכר מעותיו דקאמר ר"ע היינו כנגד המס' ולא יותר וכדמוכחי פלוגתייהו לקמן בגמ' כמלוה ברוך למסכון הי הוי ס"ם הי להו דר"ע ס"ל דהוי שו"ם ואם כן אינו מפסיד כ"א כנגד המסכון וכמ"ש מהרש"א ז"ל וכזה יתורצו הב' קושיות ולקושייתו השלישית נראה לע"ד דה"א לומר דמתני' דקאמנין מורי בשפרים לסהדא שיפסיד כל החוב דלשון שו"ם משמע דאתו מפסיד רק דמי המסכון ולא יותר ודוק

ראש יוסף סי' ע"ב בנהם ו' סוף ההגהה שכתב וז"ל הכל מ"מ נר' לע"ד דלעיקר הדין היכא נמי אמר דאמאי משום שעושה מלוה יפסיד ואיה חיוב בגניבה ואבידה משו"ה יכולו שלא וכו' ונראה וכו' עכ"ל ולדידי אחרי הנקי"ר נראה לי דהעיקרא קו' ליתא דהא דאמרינן בכמה מקומות שלא תטעה דלא היינו היכא שמפסיד המלוה מכיסו אם אלוה ואם לא הלוה לא יפסיד אבל כאן מה לי אם ינכה המסכון מה לי אם ינכה מעותיו וכשמירה שהיה שומר מעותיו ושמזה גם כן המסכון ואם בשביל שעוה יותר על מעותיו מעיקרא לא יקום מסכון כי אם לפי מעותיו ולא יותר וק"ל :

סי' כז

סוכר קולך ע"ד ח' א' ולא כמלאת תשוכתו וגשכח מתני' :

ראיתי מה שכתב מעכ"ק על דברי הר' מש"ל כפ"ט דגזילה שמפקפק בסוראת מהרש"ך ז"ל דלא מלינו מי ששכר בית מחבירו ובא אחר ולקחה דנקרא רשע וכתב דו"ס דמזה ימים קמהנו עליו ממה שמפורש בהדיא בסי' רל"ז וסי' ב' שבסי' רל"ז כתב מרן אחר המחזר אחר דבר לשכור או לקנות ובא אחר וקנאה נקרא רשע ומשמע שאפילו הא' היה שוכר והשני קונה ועוד מפורש בסי' שי"ב דאם אחר היה שוכר ובא אחר וקנה דהמוכר מכר וחייב להניח לשוכר לדור ע"ש זמנו וכיון שכן ד' הרב מש"ל תמוהים ועוד תמה מעכ"ת על מהרש"ך דאמאי אתו עלה מעני המהפך הוה להו לפניה ססיה דסי' שי"כ דפשיטא דלא וגרע המחזיק מן השוכר ועוד תמה על הרב מש"ל דלפי דבריו יוצא דאם אחד שכר בית ובא אחר ולקחה דלית בה איסורא ושכירות לית בה משום עני המהפך בחררה' וזה דבר תמוה שמפורש בסי' רל"ז דאסור למלמד להשכיר עצמו לבעה"ב שיש לו מלמד אחר ופשיטא דה"ה בשכירות הבתים הדין כן דמאי שנא שכירות הבתים לשכירות האנשים ע"כ אלו הדברים של ימים ראשונים וכעת נתיישב מעכ"ת בענין וראה דכ"ד דמהרש"ך והמש"ל מיירי במציאות דיש רשות לבעה"ב ליתן להמחזיק דמי שיווי חזקתו ולסלקו מאותה חזקה בהיזה אופן וזמן שירצה ולפי זה עלו דבריהם כהוגן כטוב טעם ודעת ע"כ קו"ד מעכ"ק :

הנה אמת אגיד כי מכמה הרפתקי דעדו אשכחתינהו לגולהו איסתרו והנה כעת חזרתי על לימודי הגם כי מגמר כעתיקא קשה מחדתא וקריתי אחרי רואי כי מה שהקשה כת"ר לדברי הרב מש"ל מהקיה דסי' שי"ב אנכי בעוניי איני רואה שום קושיא כלל כי שם איירי ברוצה המוכר למכור ללוקח בתוך זמן השוכה הראשון שכוה לנכי לוקח ליכא שירכא דאיסורא דעני המהפך בחררה כי אם דוקא משום דקי"ל שכירות ליומי' ממכר משום הכי אינו יכול להוציאו תוך זמנו עד שיכלה זמן שכירותו משא"כ בנ"ד דמהרש"ך והרב מש"ל דאיכא שכירות לזמן רק שיש לו חזקה שאין שום ישראל יכול לשוכרה ולהוציאו ועל זה כתב מהרש"ך דגם אם רצה ישראל אחר לקנות המלק'י אית בה ליתא דעני המהפך בחררה כמו אם בא אחר לשוכרה חק המש"ל ס"ל דדוקא בבא אחר לשכור אבל בבא לקנות לא ול"ר להביא דסי' שי"ב אפילו בעובדא לרבא נמי מ"ש כת"ר דלדעת הרב מש"ל דשכירות לית ביה משום עני המהפך בחררה ועל זה תמה עליו מרון המלמד הא ודאי ליתא דאם שניהם בשכירות הא ודאי אין שום ס' דאית ביה משום עני המהפך בחררה אבל אם בא הב' לקנות מגוי ולהוציא מהראשון החזקה אפשר דלית ביה משום עני המ"כ ופניתי אני לראות בספרן של מליקים הראשונים כמלאכים על פרט זה וראיתי שהרב בעל מ"ן כח"כ סי' ס"ד נמשך אחר סברת מהרש"ך יעו"ש והאחריהם גם כן נמשכו האחרונים הרב דיבר משה בחו"מ סי' כ"ם ובא על התחום הרב מר אביו בעל כרם שלמה ז"ל :

האמנם לעומת זה ראיתי בדברי הראשונים זלה"ה שנסתפקו על הקנות וחזקות הנכונות כשאלונוק'י שכתוב בהם שלא יורשה שום יהודי לשכור חזקת חבירו אם קניה הוי בכלל אם לאו והרדב"ז בחדשות סי' תי"ג כתב דיכול לקנות דאין זה במשמעות התקנה וכן דעת מהרשד"ם ז"ל בחו"מ סי' רכ"ח ע"ש ואי איתא דס"ל כמהרש"ך הלא הגם דאין זה במשמעות שתקנה ליתסר משום עני המהפך בחררה אלא ודאי דלא ברירא להו מלתא דמקרי רשע בכה"ג ועוד אמינא כיון דמלינו בדינא דכ"מ שהגריעו בה השוכר וכמ"ש מרן בש"ע סי' קע"ה ס"ט שאפילו מכר לאחר שאינו בן המצר אפילו הכי אין השוכר יכול לסלקו משמע דאין זה ישר והטוב שיקנה השוכר הבית שדר בו ובודאי ההיא דעני המהפך וכו' אינו אלא משום ועשית הישר והטוב וגריעא מיניה דכ"מ דלא מפקינן מהלוקח וכמ"ש בתשו' מהרד"ך בבית ל"ב והקדק כן מדברי רשב"ם ומרדכי ע"ש : וראיתי להמ"ל בח"כ סי' ס"ד שהקשה עליו דאמאי אצטריך למילף מדברי רשב"ם והמרדכי הלא ש"ס ערוך בקידושין דקניה בברייתא מה שעשה עשוי הלא שנהג כו מנהג רמאות וליסגי דמה שעשה עשוי מוכח שפיר דלא מפקינן מיניה והניח בקושיא ע"ש והנה דלפי דעת הרב ז"ל יותר הי"ל לתמוה על דברי ר"ת ז"ל שהביאו הב"י והרמב"ן בכתרא דב"ב וגם הריטב"א בסו' לקידושין דס"ל דמקרי רשע ומפקינן מיניה עס"כ ומבריתא דקידושין הויא תיובתיה דר"ת אבל כד דייקינן בה מורחא לי"ק כלל דשאני בין עושה

שלית

שלוח לקדש או לקנות דהתם דוקא דהוי מנהג רמאו' מה שעשה עשוי אבל בעני המהפך בחררה ואיסורו אחר פסיקת הדמים וכמ"ש המרדכי ופסקו מור"ם בזה ס"ל לר"ת דמפקינן מיניה ואם כן קשיא דמה שעשה עשוי אינו ענין לדין עני המהפך בחררה ול"ק למהרד"ך כלל .

אכן ראיתי להרמב"ם ז"ל בה' אישות פ"ט דין ו"ז שכתב וז"ל העושה שליח לקדש לו אשה והלך וקידשה לעצמו הרי זו מקודשת לשליח ואסור לעשות כן וכל העושה כן וכיוצא בו בשאר דברי מו"מ נקרא רשע עכ"ל הנה מבואר דס"ל להרמב"ם דמה שעשה עשוי ורשע מקרי וק"ק על מהרד"ך אמאי לא דקדק מדברי הרמב"ם ול"ע ואיך שיהיה דעת הרמב"ם הפך דברי ר"ת דס"ל דעושה שליח לקנות לו ועני המהפך בחררה חדא נינהו ומזה אני תמיה על הכנה"ג הגה"ט סי' רל"ז אות ג' שכתב וז"ל לא שייך עני המ"כ כמו שעשה שליח לקדש לו אשה ומקדשה השליח לנפשו ע"י דכ"ע אבל מהר"ם מינץ סי' ל"ח כתב דנקרא עני המ"כ עכ"ל וקשיא דמ"ל לדקדק ממהר"ם מינץ שהוא בתרא הרי הדברים מבוארים בהרמב"ם וכמ"ש גם על הרב עצמות יוסף יש להרגיש שלא הזכיר דעת הרמב"ם שהוא הפך מ"ש

ואיך שיהיה נמלינו למדוש שרוב הפוסקים ס"ל דלא מפקינן מיניה ה"ה הרמב"ם והרמב"ן רבו של הריטב"א והנ"י והמרדכי ורשב"ם והרד"ך היפך דברי ר"ת והאותי בתשו' למהר"ם ן' חביב ז"ל והיה לו נדפסה בס' קרבן אשה בחו"מ סי' ל"ו שהקשה לדברי ר"ת דלפי דבריו אמאי אצטריך רגמ"ה לתקן דישראל השוכר בית מגוי דלא יוכל ישראל חבירו לשוכרה מהגוי . והלא מדינא דש"ס איסורא איכא דהעושה כן נקרא רשע ובשלמא' להחולקים על ר"ת ז"ל דתקן להפוקי מיניה דלוקח אבל לדברי ר"ת שמחייבים אותו להחזיר אמאי אצטריך תרגמ"ה ע"ש ואחרי כנע"ר לדידי ל"ק כלל מתרי טעמי חדא דלדינא דש"ס דוקא אם בא השוכר הב' ונטלה מיד בעל החררה הוא דמקרי רשע אבל אם בעל החררה לא רצה ליתנה לו אלא רצה לתתה לישראל אחר הא ודאי פשיטא דלא מקרי רשע והוא מוכרח בש"ס מהקיא דרבין חסידא עיין כנה"ג הגה"ט אות ה' ו' ע"ש ואפ"ה מן התקנה הנה שנירש הגוי הבעה"ב לשוכר הא' ורצה ליתנה לב' ואפילו הכי תקיעהו אפ"ה עובר על תקנת רגמ"ה וברור . ועוד דהמעיין בס' ליקוטי הפרדס הובאו תקנות רגמ"ה שם תפו' ז"ל תקנה שלא לשכור בית מגוי שדר בו חבירו עד מלאת שנה אחר שיצא היהודי מן הבית וכו' ע"ש ומעתה מה מקום לספק' דזה הוא מדינא דש"ס דמי שם פה לו' דאחר שיצא היהודי מן הבית אפילו ביום א' שלא יוכל הב' לשוכרה וכמו שהוא הדין לדידן דלא נתפשטה הרגמ"ה לפי התקנה עד מלאת שנה אחר שיצא יהודי מן הבית אינו יכול הב' לשכור ואין ספק שזה גרם למהרמב"ח ז"ל כי לא ראה שורש תקנת רגמ"ה בשורשה והדברים ברורים :

ומה שתירץ הרב לקו' זו דאצטריך תרגמ"ה לדעת ר"ת היינו אם קונה או שוכר הבית בזול הרבה שוה ד' בג' דדמי למציאה והפקר דמדינא דש"ס לית ביה משום עני המ"כ אמטו להכי אצטריך תקנת רגמ"ה ע"כ והנה כתב הרב שוה ק' בר' לנאת י"ח כל הפוסקים וכמ"ש הש"ך סק"ג וכנה"ג ע"ש ולדידי מלבד הדוחק עוד זאת דהוית מילתא דל"ש ולא אצטריך לר"ג לתקן משום דבר דל"ש נק"ל . וגדולה מזאת ראיתי בתשו' מהר"ם אלשיך סי' ס"ז שכתב וז"ל ועוד שלא באת תרגמ"ה גדולה מכל תקנות וגזירות הש"ס ומרגלא בפומא דש"ס תמיד לומר מלתא דל"ש לא גזרו בה רבנן ודאי לא אסיק אדעתיה דרגמ"ה לגזור על כיוצא בזה דהוי מילתא דלא שכיחא עכ"ל הנה מבואר דעיקר תקנת רגמ"ה הוי למלתא דשכיחא אבל אי איקרמי מילתא דל"ש לא גזר ומכ"ש דאין מקום לומר דעיקר תקנתו הוא על מלתא דל"ש דוקא ואין ספק דמכירת שוה מאתים במנה הוי מלתא דל"ש וכודאי דלא גזר רגמ"ה ומתוורתא כדשנינן וק"ל : ומיהו שמתי הסתימה לספי בישוב קושיית מהרמב"ח ז"ל אפשר לומר דגם הפוס' הנז' אינם חולקים אסברת מהרש"ך די"ל דכ"ע יודו דהקונה חלר המשכורים לאחר אית ביה משום עני המ"כ ומאי דנסתפקו אי המכירה הוויא בכלל ההסכמה היינו לפי שההסכמה והתקנה היא אפילו במקום דאיכו מן הדין כגון שבעל הבית הוא רוצה להשכירם לב' או אחר שיצא הב' מן הבית תוך שנתו דבכי ה"ג מן הדין ליכא ומן התקנה איכא ובזה נסתפקו אי המכירה הוויא בכלל התקנה אם לאו אבל היכא שמן הדין לא יוכל לקוניאו הה"נ דאין לחלק בין שכירות למכר וכ"כ מהרש"ך וק"ל .

האמנם מתשו' מרן בס' אבקת רוכל סי' קי"ח וקי"ט יש לדון דהרב מהר"א אלאשקאר ומרן ז"ל לא ס"ל כמהרש"ך והוא דנשאל על ראובן ששכר מבואן מן הגוי ובא שמעון וקנה המבואן מהגוי וטען ר' שהוא קודם מדינא דב"מ יען שהיא שכורה בידו והשיב כמהר"א אל אשקאר דבשכירות לית ביה דב"מ אפי' כשהיא שכורה בידו וחייב ראובן לצאת מן הבית ולמוסרה לשמעון הקונה וגם מרן הסכים על ידו ועש"ב ואי איתא הו"ל להרבנים הנז' ז"ל לומר דהגם דמדינא דב"מ אין לראובן דין ודברים מ"מ שמעון הקונה רשע מקרי שקנאה והגם דיש חילוק לדחות דאפשר דאיירי דהגוי בעל המבואן אינו רוצה להשכיר אלא למכור דבכה"ג לית ביה משום עני המ"כ מ"מ לא הו"ל לסתום הדברים והדרכה יבררו הדברים לשמעון הקונה שאם הוא נכנס לגבול חבירו שיחזור בו אלא ודאי דלא ס"ל כמהרש"ך וק"ל .

ואם בנים אנו בזה בדיוק דברי מרן ז"ל בתשו' הנז' אם כן שפיר י"ל דמ"ש מרן בסי' רל"ז המחזר אחר דבר לקנותו או לשוכרו וכו' ובא א' וקנאו נקרא רשע אין הכונה בזה דגם בקונה מיד השוכר נקרא רשע ולישנא דהש"ע לישנא קייטא הוא אלא שכונתו להביא דברי התו' דאפי' בשכירות איכא דינא דעני המ"כ ומ"ש א' וקנאה היינו בכל חד כדיניה כשוכר אחר שוכר ובקונה אחר קונה דשכירות כמי ליומי ממכר ול"ק מינים לדברי המש"ל

גם מתשו' הרדב"ז בחדשות סי' קנ"ט נראה ברור דאין בזה משום עני המהפך בחררה שכתב בכ"ד שוכר אחר שוכר והפ"ק כתב דאין בו משום

עני

עניו שמ"כ ע"ש. וכ"ש בנ"ד בקונה אחר שוכר גם מתשו' הפ"מ ח"ב סי' פ"ו שכתב וז"ל שכיון שלוי לקח כל הבית כולו ושמעון אינו רוצה אלא שבליטה אם כן הו"ל כההיא דמכר כל שדותיו לאחד דלית ביה דב"מ וה"ה לזה הבא מכח התקנה שלא יפה כחו מגזל מכח המצרן עכ"ל נראה ברור דבכל היכא דלא דיינינן דב"מ כמו מוכר כל שדותיו כ"ש דלא דיינינן ביה משום עשמ"כ. ואם כן גם בנ"ד כלוקח אחר השוכר לא יהא עדיף כח השוכר הבא מכח עהמ"ב יותר ממצרן שהרי במצרנות לא מצינו שעשינו לו שום זכות ויפוי כח ואם כן ודאי גם מדין עני המהפך בחררה אין לו שום זכות ואף אם ירצה השוכר עצמו לקנות אין שומעין לו וכדין מכר כל שדותיו שאפילו אם ירצה המצרן לקבל הכל אין שומעין לו וכמו שפסק מרן סי' קע"ה סל"ו ע"ש

גם יש מקום לומר דמהרש"ך עצמו לא כ"כ בהאי תשו' אלא לפום מאי דסבר בהאי תשו' דמוקים אות בה דינא דב"מ ומשו"ה אית בה גם כן דין עני המ"ב וכמו שמבואר בסו"ד דס"ל דחזקות אית בהו דב"מ הכל לפי מה שהשכו' ריב בפו' דחזקו' לית בהו דב"מ וגם מ"ש הש"ך שם סקס"א ע"ש ודאי גם דינא דעני המ"ב לית בהו וגם מהרש"ך עצמו לא אמר טעמו בו וכח"ה סי' קט"ו ובתוספות סי' כ"ז ע"ש ועיין מש"ל בפי"ב דשכנים ה' ח' ע"ש אפשר דלפי סברא זו גם דינא דעהמ"ב לית בהו וכ"ש בשוכר ממש דלכ"ע לית בהו דב"מ אפשר דאזיל ומודה דלית ביה משום עמה"כ ודלא כהרב דבר משה ז"ל שמשמיה הולך בספרו בכמה מקומות דבחזקות לית בהו דינא דבר מצרא ואפילו הכי בסי' כ"ם מקו"מ פסק כהרב מהרש"ך דאית בהו דין המהפך בחררה דליתא דלענ"ד גם דינו של הרב משפט צדק בסי' שנז"ל שזיכה לשוכר לסלק לשמעון שהוא בן המצר וכבר קנה הוא תמוה בעיני שאחר שראה הרב ז"ל מחלוקת הפוסקים ז"ל בחזקות אי דינם כמטלטלי או כמקרקעי לענין דינא דבר מצרא איך כתב בפשיטות דאית ביה משום עני שמהפך בחררה ובפרט לזכות לשוכר כנגד בן המצר וצ"ע ואי לאו דמסתפינא אמינא דנראה לי להלכה דאין בשוכר דין המהפך בחררה נגד הקונה מכל הראיות שכתבתי ובפרט שאף מהרש"ך לא אמרה אלא בחזקות דערופי משוכר אך לא אחליט הדברים יען שגם הרב מש"ל ז"ל עצמו לא חילק בפשיטות אלא שכתב ויש לפקפק בהוראה זו הנה כי כן למעשה הדבר צריך עיון הנלע"ד כתבתי. הצעיר

חיים מרדכי

לבטון

ס"ט

סי' כ"ח

שאלה: יורש שהוציא שטר על ראובן וראובן טוען שאמת שהוא חייב להמורישו סך הכתוב בשטר ועדיין לא פרעו ואמנם יש לו משכון ביד המורישו שהוא כנגד חובו והיורש טוען שהוא אינו יודע מהמשכון כלל והרי יש בידו שטר מקויים. והרי הוא מוכן לישבע שלא ידע מענין המשכון יורינו המורה לאיזה הדין נוטה ושכמ"ה

תשובה תחילה יש לברר אם אירע דבר זה בין הלוה והמלוה עצמו כגון שהוציא עליו שטר חוב והלה מודה ואומר שיש לו משכון כנגד החוב והמלוה כופר במשכון מה דינו ואומר דהנה מדברי הרב כעס"ע סט"ו והבעה"ת והטור ח"מ סי' ע"ב סי"ט ושו"ע סעיף כ"ב יראה לכאורה דהלוה נשבע ונפטר מתוכו שכתב וז"ל אם המלוה כופר במשכון ושניהם מודים בהלואה ישבע המלוה היסת שלא היה בידו משכון והלוה ישבע היסת שהוא תופס משלו כנגד חובו וכו' עי"ש ואמנם יש לומר דלא כ"כ הרבנים אלא בשוי מע"פ דיכול לומר פרעתי או לא היו דברים מעולם ונאמן לומר דיש לו משכון כנגד חובו במיגו דפרעתי אבל היכא דיש עליו שטר חוב דליכא למימר מיגו דפרעתי דשטריה בידיה מאי הוי אפשר לומר דאינו יכול לומר משכון יש לי עליו:

ומצאתי להרשב"ש בתשו' סי' קכ"ד שכ"כ בפירוש בנ"ד שהוציא עליו שט"ח והלה טוען יש לי בידו משכון כתב וז"ל שהרי הוא מודה שהחוב הוא בידו אלא שמסר לו משכון הילכך ישבע המלוה ויטול עכ"ל וכן מבואר בדברי הרב המגיד בפ"ד מה' טוען דין ח' שכתב וז"ל וכו' ובכה"ג המעידים שעדיין יש לו מנה בידו ודאי אינו נאמן לומר יש לי בידך כנגדו כסות או כלים דהא ליכא מיגו דאי בעי אמר פרעתי וכו' עכ"ל וכן נראה מלשון מרן בש"ע סי' ע"ה סעיף ז' וסעיף י"ג יע"ש ואם כן נראה ברור דס"ל דבכל היכא דליכא מיגו ובנ"ד דאיכא שטר אינו יכול לומר יש לי בידך כנגדו משכון וישבע ויפטר אלא ישלם ואח"כ ישביענו היסת על טענתו וכן נראה מדברי רש"י ז"ל בב"ק דמ"ו ע"ב בההיא דנזקקין לתובע תחילה שפרש"י דאם הנתבע טוען שמשכון היה לי בידך והפחת וכו' נזקקין לטענת התו' ומוציאין לו מנה שתבע ואח"כ נזקקין לטענת הנתבע לדון ע"ד התפיסה והמשכון ע"כ והנה ודאי כשנותן לו תחילה המנה ואח"כ יתבע המשכון אם אין לו עדים אינו נשבע אלא היסת וכן נראה דעת הראשונים ז"ל שהסכימו לדינו של רש"י דנזקקין לתובע היכא דאית ליה שטר ע"ש בש"מ ומדברי הרשב"ש שהבאתי נראה דס"ל דהמלוה נשבע ונוטל ולא מפקינן מידו דלוה תחילה ואח"כ יטעין לו במשכון ואין לחלק ולומר דלא כ"כ רש"י אלא בההיא דנזקקין וכו' שפי' שתובע הנתבע שנפחת המשכון ואינם מחולקים אלא על פחיתת המשכון משא"כ היכא דכופר במשכון כלל דליתא דאדרבא כלפי לייא איפכא מסתברא דכשכופר במשכון שכ"א הוא שלא כאמינהו בזה דכל מוציא שט"ח על חבירו וטוען משכון יש לי עליו ומאין הרגלים לומר שמענין דינו של זה משא"כ כששניהם מודים וחלוקים אם נפחת וכ"ש היכא ששניהם מודים שנפחת וחלוקים בפחת וכן ראיתי בתשו' א' הנה כאן

בתשו'

בתשו' הרב פני משה ז"לח"ה סי' מ"ו וע"ש :

הנה כי כן נראים דברי הרשב"ם חלוקים על דברי הראשונים בענין השבועה אך האמת עדש דרכו שאין כאן מחלוקת כלל וכ"ע יודו לדינו של הרשב"ם ושאני התם בדינא דבוקקין דאיירי דהנתבע טוען שיש לו עדים דיש לו משכון או שנפחת וא"כ המתין לו עד שיבואו עדים ואינו רוצה שהתובע ישבע ויטול וע"ז ילפינן מקרא דאמרינן לנח' ז"ל שלים ולמחר כשתביא עדים מפקינן מיניה דהובע המשכון או פחיתתו אבל היכא דמעיקר' הלוה טוען יש לו עליו משכון ואין לו עדים ואמר שהוב כרמי החוב עד שיתן המשכון ואתן לו חובו בה ודאי דלא אמרינן ליה ז"ל שלים ובתר הכי תטעון עליו ותשביענו היסת אלא הוי כטוען פרעתי דהוי טפין השתבע לי דלא פרעתיך משביעין ליה וה"נ הכא בהאי טעין ליה יש לי בידו משכון דמשביעינן ליה למלוה בנקיטת חפץ והדר שקיל ונ"ד לטוען על שט"ח אמנה או רבית דקי"ל דנותה תחלה ואח"כ ישביענו היסת על טענתו דשאני התם דטענה גרועה היא דאין דרך להחזיק עליו שט"ח בכך משא"כ בטוען פרעתי דהשטר עומד לפירעון וכמבואר בסי' פ"ב ואדרבא טענה זו היא עדיפא מטענת פרעון דהדרך הוא לכתוב על ענין שט"ח בשהם אף שנותן לו משכון כנגד חובו וא"כ פשיטא שישבע תחלה המלוה עד שיטול ודוקא בטענת אמנה או רבית וכיוצא שלפי דבריו עיקר השטר בטל לאו כל הימנו להשביעו ש"ד עד שיתן לו אבל בתירי השטר קיים והטענה חוץ מגוף השטר כגון פרעתי דהשטר עומד לפרעון והוי טענה חוץ מגוף השטר או בה"נ דמודה דהשטר קיים אלא שטוען יש לי בידך משכון וכזולת בזה נראה ודאי דהמלוה נשבע בנק"ח ונוטל וכן כ"ל דין זה במוליא שט"ח שהם שאין בו קביעות זמן לפרעון והלוה אומר שקבעת לי זמן ועדיין לא הגיע שהמלוה צריך לישבע עד שיטול :

אלא שלנוף השבועה עלמה אם הוא שבועה דאורייתא או היסת בזה קוייא פלוגתא דלהרמב"ם כפי"ג והש"ע סי' ע"ג סעיף ד' ישבע המלוה היסת ויטול ולהטור שם צריך לישבע ש"ד וטעם הרמב"ם נראה כמ"ש מרן בכ"מ וכבר"ה ע"ש ודלא כמ"ש הרב ספתי כהן שם דלא פליגי הרמב"ם והטור דדמי לטוען על שט"ח אמנה ורבית דלע"ד אחרי נעה"ק ליתא דהכא אינו עוקר גוף השטר ול"ד לאמנה בנ"ל ברור . האמנם מדברו הסמ"ע בסי' ע"ב סק"ג נראה דס"ל דכל כה"ג דליח ליה מינו ללוה מן המלוה נאמן בשבועתו לבוליא מיד הלוה וגם אין הלוה נאמן בשבועת היסת אלא שישבע הלוה בנקיטת חפץ ונפטר ולפי דבריו בכה"ג דנ"ד דטוען בריא הלוה דיש לי משכון בידך כנגד חובך אף שביד המלוה שט"ח מקויים דליכא מינו אפ"ה נשבע הלוה שבו' דאורייתא ומפטר אך באמת אין דבריו עיקר לדינא וכבר השיגו הרב ספתי כהן בסי' ע"ב ס"ק קכ"ו ובקב שב"מ מב"ח כדבריו וכ"ן מבעה"ת ז"ל שער מ"ע סוף ח"ב ע"ש :

מעתה נראה שיש לדונכזה דבל כה"ג אם טוען יש לי בידך משכון והלא צופר שישבע המלוה ויטול היכא דליח ליה מינו ללוה ומעתה נראה דה"ה ביורש שהוליא שטר מקויים דליח ליה מינו דנזוייף או פרוע הדין הוא כן דהיורש נשבע שבועת היורשין ונוטל השט"ח אף שטוען הלוה יודע מהמשכון ואין לומר דדוקא כשהמלוה עומד לפנינו וטוען ברוא שאין בידו משכון אז הוא נשבע ונוטל אבל בכה"ג דהיורש אינו טוען ברוא אלא שאינו יודע מהמשכון בכה"ג אמרינן דישבע הלוה ויפטר כיון שאין כנגדו טוען ברוא דהא ליתא דהא בכה"ג דטוען פרעתי להמוהים והיורש אינו יודע אם פרעו שיורשין נשבעין ונוטלין זכמו שפסק מרן בסי' ק"ח סעיף ס' ובסי' פ"ב סעיף ח' וע"ש וה"נ דכוותה :

ואין לחלק דשאני התם כטוען פרעתי שהיא טענה גרועה דאם כן שטרך בידי מאי בעי משא"כ הכא דליתא להאי טענה כלל דזהא ליתא אלא דבל היכא שבידו שטר גמור והוא טוען לפטור עלמו ממנו התובע נשבע ונוטל . ומלאתי ראיה לזה דבנ"ד נשבע היורש ונוטל מתשובת הרי"ף שהביא הבעה"ח שער מ"ט ח"ג ס"ד וז"ל ושאל הרי"ף יורש שהוליא שטר חוב שיש למורישו אבל פ' כך וכך ויש לו אללו בהם משכון כך וכך וטען היורש שהמשכון אבר מן מורישו וכו' תשובה וכו' הדין כך הוא שאין על הנתבע לפרוע משטר זה כלום וא"ח היורש ישבע שבועת היורשין ויגבה הכא ליכא למימר משום דבעלמא השטר הוא ודאי והפרעון ספק אבל הכא בודאי כבר הגיע אליו משכון כנגד הלואתו והאבידה הוא ספק דאימור אבד אימור לא אבד ומ"ם אינו דומה לדין זה וכו' ע"ש נראה ברור מדבריו דהלו היה המשכון ספק כטענת פרעון שהנתבע טוען פרעתי ודאי והיורש אינו יודע הדין נותן שישבע היורש ויטול ולא זכינן להנתבע שיפטר בשבועת היסת כי אם משום שהיורש מודה במשכון אלא שאינו יודע אם נאנס אם לאו אבל בכה"ג דמעיקרא אינו יודע מהמשכון היורש נשבע ונוטל ותשובת הרי"ף הלזו כתבה הטור בסי' ע"ב סכ"ח ומרן בסעיף ל"ד והסמ"ע העתיק לשון הטור וז"ל שם ס"ק ק"ד ולא אמרינן שישבע היורש שבועת היורשין דבל שטר שמוליא היורש הוא ודאי והפרעון ספק אבל הכא שהגיע ליד המוריש וספק נאבד באונס או בפשיעה לפיכך השטר בטל והנתבע נשבע וכו' עכ"ל אם כן נראה היכא דהמשכון הוי כטענת הפרעון יורש נשבע ונוטל :

אכן לא אוכל להתעלם מאי דק"ל דהיך כתב הסמ"ע ס"ק י"ג סנז"ל היכא דליח ליה מינו להלוה נשבע שבועה דאורייתא ונפטר ולא מהמנינן להמלוה לישבע וליטול הלא מתשו' הרי"ף ודברי הטור שהעתיק בסק"ד נראה דנשבע ונוטל ולכן לפי ענ"ד נראה עיקר כהרב ספתי כהן שם ס"ק י"ד וס"ק קכ"ו שחלק עליו וס"ל דהמלוה נשבע ונוטל אכן מה שאני מסופק אם יוכל לוה לומר קי"ל כסברת הסמ"ע דאלי להשבע שבועה דאו' ולהפטר ולא שתשבע אתה ותטול וכעת לא מלאתי גילוי ברור בכה"ג או מלי לומר קי"ל אבל מ"מ בגוונא

כנווגא דכ"ל נר' ודאי דאינו יכול לומר קי"ל דנראה שדעת השמ"ע כדין זה סברא יחידאה היא וממ"ש נראה דכ"ע יודו בכה"ג דנשבע ונוטל וכמו שנר' מה' הרי"ף והטור שהבאתי ותשו' הרשב"ש שכתבנו לעיל והבעה"ת והכ"ח והש"ך וא"כ אין המוחזק יכול לומר קי"ל כהשמ"ע כמו כן נראה לפע"ד

הלע"ד

חיים מרדכי לבטון ס"ט

סי' כ"ט

זה לו ימים שבאתי לבית הס' במי שמכר שחו' לחבי' לזמן וכו' עליו שט"ח כדמי המקנה ושוב בא הלוקח לחזור מחמת טענה כגון טענת מום וכיוצא וכטענה זאת שטוען הלוקח ראה הדיין דאית ביה פלוגתא בין הפוסקים דלמר אית ליה דיכול הלוקח לחזור בו ולמר איכו יכול אי מיקרי הלוקח מוחזק כיון שעדיין דמי המקח בידו או דילמא המוכר מיקרי מוחזק כיון שיש בידו שטר גמור והוי בריא כחוכה וספק כחורה :

והנה בעת רואה אנכי דדבר זה הוי פלוגתא ומרוחה ירחה להרשב"א ז"ל בתיוחסות סי' ק' שנשאל על שטר בין שי' לשי' או מאחוריו אם חוששין שמא שובר כתוב בו ונידרו אם לאו והשיב נראה ודאי שאין חוששין לכלום וכו' לפי שהשטר מוחזק הוא ביד המלוה וכאילו הממון הכתוב בו מוחזק בידו וכו' ואוקומי ממונא הוא וכו' עכ"ל גם בתשו' ח"א סי' תקע"א בהאשה שמסרה לבעלה כ' וז"ל ומה שראיתי למקצת הרבנים דהכא תפס דהיינו הכתובה שהוא חייב לה איכו כ"ל וכו' דאין זה תפיסה אלא כאומר פרעתיך והנע עצמך אילו היה אחר חייב לחבירו מנה בשטר וה"ל יש לי בידך כנגדן מלוה ופקדון מי מהימן ואמרינן כיון דתפס תפס וכו' ולא אמרינן זוזי היכא דקיימי קיימי לפי שהשטר כמוחזק וכו' עכ"כ · גם מדברי הרי"ף בפ' יש דקל"ב ע"ב בכותב נכסיו וכתב לאשתו קרקע כל דבעי בש"ס בברוא היאך ולא איפשיטא בעיא וכתב הרי"ף דמוקמינן כתובה בחזקתה וכן כתב בהג"ה בשם ר"ב · גם הרמ"ה בתי' כתב בלשון א' דמוקמינן כתובה בחזקתה ולא מחלה יע"ש · הרי שדעת הרי"ף והרשב"א והג"ה דאינו יכול המחזיק בממון שיש עליו שטר לומר קי"ל דפרוע הוא כשביל ספיקא דדינא אלא אדרבא בעל השטר הוא דמיקרי מוחזק · גם בתשו' הרשב"א הובאה בב"י ח"מ סי' נ"ג במתחלת קרוב שהכר שכל שלא מחלה וכו' קיים שם ועוד מה שטען הטוען שמן הסתם ידו על התחתונה שהיא קרויה בעל השטר מסתברא דבמקום בזה הבעל קרוי בעל השטר וידו על התחתונה לפי שהבעל לא פרע לה כלום והיא משלה היא מוחלת וכל מקבל מתנה או לוקח קרוי בעה"ש להיות ידו עס"ת ואינו דומה למ"ש בפרק ג"פ שטר לך בידי פרוע שגדול פרוע והקטן אינו פרוע שאני התם שהלוה פרע וכיון שהמלוה מודה שפרע לו שטר אחד אם טוען שלא פרע אלא הקטן עליו להביא ראיה אבל בנותן או מוחל שטר שיש לו על ראובן כ"ל דראובן מקבל מתנה ועליו להביא ראיה מה נתן לו ומה מחל לו וכו' עכ"ל · אך לעומת זה עין רואה דבהך בעייא דכתובתא דבעי רבה בבריא ולא איפשיטא דעת הרמב"ם בפ"ט מה' זכיה דאיבדה כתובתה וכן היא דעת ה"ה שם וכן הוא דעת רשב"ם והר"ן וכן פסק מרן בא"ה סי' ק"ו יע"ש :

אכן הדבר הקשה דמה בשתנה דין זה ממה שפסק מרן ז"ל בח"מ סי' פ"ב ס"ב בתולה עליו שטר מקויים וטוען הלה פרעתי דאיכו נאמן ואם טען השתבע לי דלא פרעתיך משביעינן ליה והוא דטען הלוה בריא שפרע אבל אם בא בטענת ספק לא משביעינן ליה אפילו אם גם המלוה משיב איני יודע אם הוא פרוע ע"ש · והרי התם דאיכא שטרא וכ' טוענים ספק בפירעון ופסק דשטרא אחזקתיה קאי וא"כ דין הוא דהיכא דאיכא שטרא ואיכא ספיקא דדינא כי הך בעייא דקאי בתיקו דהוה ליה לכ' ספק דהו"ל דאוקי שטר בחוכה אחזקתיה ומ"ל אי טוענין שניהם מחמת ספק מחמת פירעון גמור או טוענין ספק מחמת הדין ולכאורה צ"ע וכ"ש לפי מאי דכתב השמ"ע בסי' הנז' סס"ק מ"ה וז"ל ומה דסתמו הטור והמחבר וכתבו דלא אמרינן תיגו להוציא הטעם דכל מי שיש בידו שטרא מעלייא הוה ליה כגבוי בידו ואינו נקרא מוציא אלא שהצריכו שבו' לכתחילה כשהוא טוען השתבע לי דלא פרעתיך עכ"ל · הרי מבואר דמי שיש בידו השטר הוא הנקרא מוחזק לדעת מרן וכש' הרי"ף והרשב"א · ולפי זה אמאי פסק בא"ה כשהיא בעיא דאיבדה כתובתה הו"ל לפסוק דמוקמינן כתובה בחזקתה והיא נקראת מוחזקת והבעל נקרא מוציא ודוק :

וראיתי להכנה"ג בסי' כ"ה בכללי הקי"ל אות מ"ה שכתב וז"ל אין בעל השטר נקרא מוחזק לומר קים לי דקיימא לן בכ"ה דשטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי הריב"ש סי' ק"ד ע"ש : ולא ידעתי איך לא זכר דדעת הרי"ף ורבינו ברוך והרשב"א במקומות שהזכרתי דס"ל דבעל השטר מיקרי מוחזק וצ"ע :

והנלע"ד ליישב הני פיסקי דמרן שהקשינו מא"ה לח"מ והוא דיש לחלק בין היכא שהס' בא מחמת טענותיהם להיכא שבלא טענותיהם יש ספק לב"ד כגון דהוי ספיקא דדינא וכגון בעייא דלא איפשיטא או פלוגתא דרבוותא דבהאי בעייא דבעי בגמרא בבריא היאך ולא איפשיטא סברי בנך רבוותא ואחריהם נמשך מרן דאיבדה כתובתה שברי בלא טענותיהם איכא ספק לב"ד והנה כי כן אוקי ממונא בחזקת מי שהוא בידו אף דאיכא שטרא מעלייא אבל בח"מ סי' פ"ב דאיירי שהספק בא מחמת טענותיהם דלוה אומר איני יודע אם פרעתי הנה שהמלוה גם כן הוא אומר איני יודע הוקמינן שטרא אחזקתיה · וחילוק זה למדתי מדברי התוס' בריש מליעא שכתבו בפי' דאיכא דררא דממונא פירוש שבלא טענותיהם יש ספק לב"ד ואיכא למימר כולה למר ואיכא למימר כולה למר ומשו"ה אמר סומכוס דיחלוקו מש"כ במתני' דתליתה דספק

בא מחמת טענותיהם. דזה אומר אני מלאתיה וזה אומר אני מלאתיה ועי"ל וגם דהאי חילוקא אתמר אם בגמ'. אליבא דסומכוס, וגם אידחי מכח קושיא ואנן. אעוקרא לא קי"ל כסומכוס. מ"מ סברא לא מועקרא ושפיר יש לחלק כה"ג: והנה ראיתי להרשב"א ז"ל בחי' פ' הגוזל דע"ח על הא דקאמר התם. וכן לענין החוב הקשה הר"ר אלחנן דהו"ל למי' אוקי תרי בהדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מריה ותירץ דהכא לתרוייהו אית להו חזקה ואת"ה הדרבא הנ"ל כמנה הלויתיך והלה אומר איני יודע אם פרעתיך דקי"ל דחייב וי"ל דשאני התם דליכא רגלים שפרעו אבל הכא הרי נולד הספק לפניך הילכך יחלוקו. עכ"ל הרי שחלק הרשב"א כיון שספק שבא מחמת טענותיהם לספק לב"ד, שלא מחמת טענותי' וכודאי דחילוק הרשב"א כחילוק זה הוא משונייא דמציעא שכתבתי אכן שאני, דק"ל דלא אמרו בסוגיא זו דהכא דאיכא דררא דממונא יחלוקו אלא אליבא דסומכוס דאמר ממון המוטל בספק חולקין. ואנן לא קי"ל כסומכוס אלא כרבנן דפליגי עליה וסברי דהמע"ה: גם קשה דמדברי הרשב"א שכתב בחי' נראה דסבר דכל היכא דאיכא רגלים לדבר דפרעים דין הוא שיחלוקו ואיך בתשו' המיוחסות כתב בדין שטר שיש בו נקב דן הרב דמוקמינן שטרא אחזקתיה דהוי נולד הספק לפנינו בלא טענותיהם גם שהיא דסי' תקע"ח דגם דאיכא שטר בקובק הרי נולד הספק לפנינו על ידי שמסירה שמסרה לבעלה ודן הרב דחזקת השטר במקומה עומדת וצ"ע כעת:

וראיתי להש"ך בח"מ סי' ע"ה סק"כ שכתב ע"ד הסמ"ע וז"ל גם מ"ש הסמ"ע וא"ל משום דהשטר מסייע לחלוק וכו' שנראה מדבריו דב' אומרים על השטר שהוא פרוע ושנים אומרים שאינו פרוע מוקמינן לשטרא אחזקתיה ומגבינן ביה לא נהירא לפע"ד אלא כיון דשטר זה הוא ספק פרוע לא מגבינן ביה ולא קרעינן ליה וכן משמע להדיא בתשו' הרשב"א שהב"י סי' [illegible] ע"ש עכ"ל. והדבר קשה המה שכ' בשני אשג' אלן שכתבתי נראה דס"ל דמוקמינן שטרא אחזקתיה ומ"ש בתשו' נראה דבכה"ג דיחלוקו ונמצאו. דברי הרשב"א סותרים זה את זה ועיין בתשו' הפמ"א ח"ב סי' כ' ולקמן יתבאר. ע"ק שכתבו ז"ל דבשאר ביתו עדים במכחישים זה"ז מוקמינן שטרא אחזקתיה וכו' מד' סמ"ע ועל הכל קני תמוה ע"מ שראיתי להש"ך בס' תקפו כהן כו' ק"ל שבעלה לדונא דהיכא דיש לחבירו שטר לא מהני ליה תפיסה דהוי ספיקא דדינא הכיון דיש ביד חבירו שטר הו"ל כגבוי ולא מוקמי זה שבידו המעות מוחזק לתפוס בשביל ספיקא דדינא וקשיא דאינו מקשג' הרשב"א דבסי' תקע"ח גם שביה דהוא מדברי הרי"ף. והג"ה בשם ר"ב על הגוף בעייא כבריא היאך גם הכא דאיה מתשו' הרמב"ן סי' ק' ואסיק כן לדינא יע"ש וכתב ואע"ג דשאר פוסקים פסקו בהאי בעייא דלא מפקינן מיניה היינו משום דהתם בבעייא היא על שכתובה נופלת וכו' משא"כ הכא דהבעייא היא מלך אחר וזה רוצה לתפוס הממון שחייב לו בשטר מספיקא דבעייא או פלוגתא דרבוותא בכה"ג נראה דאינו יכול לתפוס עכ"ל. הנה מוכח מדבריו דלדעת הרשב"א היא לומר דאפילו בספקא הוא על עיקר השטר וכגון הבייה בעייא קפ"ח ס"ל דאמרינן שטר בחזקתיה קאי וקיימא איך שכת דברי עצמו שסותרת מדברי הרשב"א בתשו' דכשנים אומרים פרוע ושנים אומרים אינו פרוע אמרינן אוקי ממונא בחזקת מארים דלוה ומרי בתרי ותרי הוי ספיקא בעיקר השטר וכאתית בעייא או איכרה כתובתה או לא וצ"ע:

והנראה לע"ד דכל מ"ש הש"ך דאינו יכול לו' קים לי היינו דוקא היכא דאיכא שטרא מעלייא ועד היום הזה ליכא על חוב שבשטר שום טענה אלא שבא כעת הלוה וטוען שיש לו על המלוה דין ודברים מענין אחר וכאותו דין ודברים שטוען אית בהו ספיקא דדינא או פלוגתא דרבוותא על זה כתב שאינו יכול לתפוס ממון שיש עליו שטר מכח האי ספיקא דדינא ולומר קים לי וכן שוא כ"ר דהרשב"א בסי' תקע"ח דשטר הכתובה לא אית ביה שום ספיקא והבעל בא לתפוס מכח המסירה שהוא ענין חילוק וכוה הוא שבן דמוקמינן שטרא אחזקתיה וגם מדברי הרי"ף והג"ה בשם ר"ב בעייא דכבריא הוא מוכח דס"ל דמוקמינן שטרא אחזקתיה אפילו בטענת הלוה אגופא דשטרא שהוא חייב אפי' הכי אנן בדידן לא אכפת לן כיון דרבים פליגי אהרי"ף ומרן ז"ל בח"מ סי' ק"ג פ' כותייהו הכי נקטינן דבעינן אגופיה דשטרא אפילו בספיקא דדינא יכול לומר קים לי ולא אמרינן דהוי כראיה כחיובא וס' בתורה כיון דלשניהם הוי ספק:

איברא דראה אנכי דרבים מגדולי האחרונים דסברי דגם בטוענין שניהם ס' וכגון בספיקא דדינא אמרינן דהוי כראיה כחיובא וספק בקורם. הראשון הוא מהרו"כ ז"ל בח"ב סי' מ"ו כדין שמעון שעשה מצרף לכסף ואח"ז ימיתה כו דאוכן וכתב דהאי עשן או הוי בקוטרא וכק"כ או לא הוי פלוגתא דרבוותא וכיון דודאי הוא מזיק ומספקא לן כשאי חוקם הוי כהלויתני ואיני יודע אם פרעתיך יע"ש גם בחלק הג' סי' ק' כתב כיון דשבת זכאק ולא ידעינן הילכתא אם ויתרה אם לאו הו"ל כהלויתני ואיני יודע אם פרעתיך יע"ש: אכן דהייתי לו ז"ל בח"א סוס"י ז"ן שכתב וז"ל ועוד אני אומר דאפילו שהיתה האשה מודה בשום' אפי' הכי כמה שנתנה לקבלן כדי לפרוע חובות הבוקפית מס שעשתה עשו. ואע"ג דאיפליגו רבוותא בפורע חוב של חבירו שלא מדעתו וכו' מולתא דפשיטא היא דהוכל האלמנה לומר קי"ל יע"ש ולפי שיטתו ז"ל קשה הוה הוי כהלויתני ואיני יודע אם פרעתיך והנראה להרן דלה כ"כ אלא כשהאשה מודה ולא נוברר הדבר ולהכי כיון דמספק אנו אין יכולים לו' קים לי כמגו שלא היתה מודה בשום' כלל. אבל אם היה בירור בעיקר השותפות אז הדין דאינה יכולה לומר קים לי דהוי כהלויתני ואיני יודע אם פרעתיך כנ"ל: גם מהר"א ששון ז"ל בתשו' סי' ר"ע דאיתי שכתב לכאורה נראה לחייב את האחים מטעם שכיון שהם חייבים בודאי ונפל הספק אם נגנבו כיס או כיבשם א"כ הו"ל כהלויתני ואיני יודע אם פרעתיך דחייב יע"ש ואע"ג דדחי שם הרב היינו מטעמא אחרינא כמו שיע"ש: גם מהרא"ך בתשו' סי' קע"ו כתב דאם נבקר היתום שאלמנת שמעון חייבת לו אע"ג דיכול המוחזק לומר קי"ל מ"מ דמי הך מולתא לחייב אני לך ואיני יודע אם פרעתיך דחייב ע"ש: גם חכמ"ג בכללי הקי"ל אות י"ב

בד"ה

כד"ה עוד הני מדבר וכו' כ' וז"ל הכל כשמחלוקתם הוא אי הוי פרעון או לא הוי פרעון חייב לשלם אפילו בדיני אדם דהו"ל כאומר הלויתני ואיני יודע אם פרעתיך דחייב לשלם יע"ש. גם בסי' ס"ה בנב"י או' ע"ל בא"כ כן ומטי בה משם מהרא"ר"כ וכתב דקרוב לזה כתב מהרלב"ח ח"ב סי' א' וי"ט ע"ש גם הרב זרע אברהם חי"ד סי' ב' כתב כן יע"ש גם מדברי מהרש"ך ח"א סי' ט"ז נראה כן יע"ש הרי דמהריב"ל ותהרא"ש ומהרא"ר"כ והבנה"ג והרב ז"א כולם תפסו כן לרואה הנה דבכ"ר ליכא שום שטר ובאמת שהדברים תמוהים איך לא השגיחו בדברי הראשונים בהבי' בעיוא דבריוא הואך דאפי' דליכא שטר פסקו רשב"ם ונהר"ן ופ"ה ונמשך מרן אחריהם ונסברי דאיכרם בתובתה ואפילו בספיקא דדינא וכל שכן וקי"ו היכא דליכא שטר וכן כתב הכנה"ג בסי' ע"ש אות מ"ה משם כמה פוסקים וככר ראיתי למהר"ם כן חביב בכה"ג שתמה על הכנה"ג שדבריו סותרים זה את זה ותמ"ש בכללי הקים לו למ"ש בסי' ע"ה והנ"ע:

אכן בחפשי ראיתי שמש"ל פו"ח דמכירה דין ע"ז תמה על מהרא"ר"כ כזה ולמהר"ש יונה בקל"ם ע"ב חלק על מהריב"ל גם מהרי"ט בח"ה סי' ק"ל השיג למהריב"ל גם הרב כהנת עולם סי' פ"ה תמה על מהרש"ך ומהרא"ש גם הרב עדות ביעקב בסי' ס"ו דקע"ם תמה על הכנה"ג גם הרב כ"כ ח"מ סי' ט' חלק על מהרא"ר"כ ע"ש גם הרב מפאת מסה ח"מ סי' ל' תמה על הרשד"ם סי' חכ"ב בסגרתו בן מדבריו ושוב תירץ דנדון דידיה דמהרא"ר"כ הוי בשטר יע"ש ולא הרגיש שגם בזה מלאנו להראשונים בההיא בעיוא דבריוא הואך דסברו דאיכרם בתובתה ומוכחתים הם לחלק בין שמא ושמא דהוי כמילוות ובין שמא ושמא דהוי כספיקא דדינא כמש"ל ומשום דבלא טענותיהם יש ספק לב"ד הו מתיזם שוהיה:

סוף דבר דעת כל האחרונים דבלא שטר פשיטא דיכול המוחזק לומר קי"ל ואף כנא לאתא ודי שמים דעת מהר"ם מטלון הובא במהרשד"ם ח"מ סי' מ' דפטור וכן מבואר מהרי"א סי' רו"ח וציין בכנה"ג סי' ע"ס אות ע"א שהאריך בזה ובראיה שטר ושענו כ' ספק בפלוגתא דרבוותא דעת הראשונים ומהן דפטור והכן כדאיכא שטר ואיכא ספיקא דדינא מענין אחר שאינו שייך להשטר דעת הש"ך בס' ה"כ שאינו יכול לומר קים לו והא ודאי דמודה הש"ך דהיכא דנפל הס' על עיקר השוב אם הוא פרוע אם לאו דמיקרי הלוה מוחזק ויכול לומר קי"ל וכמו שמבואר בדבריו בסי' ע"ה שחלק על הסמ"ע שכתב דמוקמינן שטרא אחזקיה בשתי כתי עדים המכחישות זו את זו שאלו אומרים פרוע ואלו אומרים שאינו פרוע והוא ז"ל כתב דלא כסירא אלא דלא גבינן ביה ולא קרעינן ליה אלא דרואה אכי דאמרי כע"ר של הסמ"ע והרב ש"ך דאישתמיט לאקרוויהו דברי הרשב"א בתי' פ' חזרק שכתבנו לעיל דהקשה דאי מוקי בשתי כתי עדים מכחישים זא"ז הו"ל כדין מנה הלויתני ואיני יודע אם פרעתיך ותי' דשאני התם דליכא רגלים שפרעו אבל הכא הרי נולד הספק לפניך שהלך יחלוקו ע"כ הוי דס"ל להרשב"א כהסמ"ע דדמי להלויתני ואיני

יודע אם פרעתיך דחייב ולסוף מסיק לד"ר דשאני הכא דנולד הספק לפנינו ור"ל כיון דבלא טענותי' יש ספק לב"ד אין זה שמא גרוע דטעין לוה אלא שמא טוב ולהכי יחלוקו וגם זה דלא כהש"ך שכ' דלא מגבינן ביה ולא קרעינן ליה ול"ע:

האמנם כבר כתבתי לעיל דמדברי הרשב"א בתשו' סי' תקע"א וגם במיוחסי' סי' ק' נראה דלא ס"ל הכי דיחלוקו אלא דמוקמי' שטרא אחזקיה אלא דגם זאת לא חברא לפי' הרב שפתי כהן דשאני הנהו נדוני דהרשב"א דלא בא הספק על גוף הכלואה עצמה אם היא פרועה אלא דהספק הוא חילוני אם נתחייבה האשה במסירה ומתוך כך יפטר בעלה מחובו של הכתובה אם לאו גם הוא דהביא הרב בית יוסף בא"ע סי' נ"ב דהוית בספק נולם אירוי ומבואר ולא דמי לפרעון דזה הוי כמקבל מתנה דעליו לברר ראיה והוי כטענת מנונית הכן הסיג דמיוחסות ק"ק שהרי הגרר ספק פרעון הוא ודוק

ובהיותי עסוק בזה ראיתי להרב פני משה בח"ב סי' ל"ד שהאריך הרחיב בענין זה והביא דעת הרב מהר"ם מאטלאן ומהרשד"ם ומהרי"א דפטרי בטענו שניהם איני יודע והביא דעת מהריב"ל בתשו' ומהרא"ש ומהרש"ך שכתבו דגם בכה"ג חייב דהו"ל כאומר הלויתני ואיני יודע אם פרעתיך ושוב כתב וכי תליא הא דבין פלוגתא דקמאי והביא הא כעיא דבבית הואך שפסקו הרי"ף ור"ב שהביא בב"ה דמוקמינן כתובה אחזקתה אך לרשב"ם והר"ן וסמ"ת זיבה כתובתה והוקי ממונא בחזקת מריה הלוה והש"ך כתב דאפשר דגם רשב"ם ודעימיה יודו למהריב"ל ודעימיה ולא כתבו בההיא בעיא דמוקמי' ממונא בחזקת הלוה אלא כב"ד דהוי ספקא דדינא ולא הו"ל ללוה לאודעי והוי שמא טוב ומש"ה פסקי דמוקמינן ממונא בחזקת הלוה משא"כ בדין הלויתני ואיני יודע אם פרעתיך דהוי שמא גרוע יודו למהריב"ל ודעימיה יע"ש וכתב תמוהים דברי אחרי כע"ר דתה ראיה יעירך הוא פלוגתא דהרי"ף ודעימיה ורשב"ם ודעימיה ללאו פלוגתי' דמהריב"ל והאחרונים שחלקו עליו דשאני התיא פלוגתא דהרי"ף דאיכא שטר בכתובה וסברי הרי"ף ודעימיה דמוקמינן שטרא אחזקתיה משא"כ בהני תשו' דמהריב"ל ומהרא"ש ומהרש"ך דליכא שום שטר כי אם חיוב בעלמא וגביהם טוענין בפרעון איני יודע מעולם לא נחלקו הרי"ף ודעימיה לחייב בכה"ג ויותר תימה שככר הביא הרב לעיל תשו' הרשד"ם בסי' מ' שהיא תשו' מהר"ם מאטאלון ותשו' הרשד"ם עליו ושם בסי' כתב מהרשד"ם דכ"ד ע"כ וז"ל והומר לי לבי דע"כ לא פליגי תנא' דבוותא אלא כשאתוב בשטר דמוקמינן שטר אחזקתו וכו' ומ"ש אי הלוה טוען שמא היה חייב אבל בכ"ר דליכא שטר ואתוב ע"פ אמרינן שפרין כמ"ש הרב דפטור הלוה יע"ש וא"כ איך הרב פני משה מביא ראיה למהריב"ל ודעימיה דכ"ר הוי כחוב ע"פ מדברי הרי"ף ודעימיה דאיירי כחוב בשטר ובכה"ג אף מהר"ם מאטאלון והרשד"ם יודו גם מ"ש דאפשר דגם רשב"ם ודעימיה יודו לס' מהריב"ל

מהריב"ל ושאני כ"ר דהוי ספקא דדינא והוא שמא טוב יע"ש אחרי נע"ר שיחתו, אינו מכיר דהא כ"ר דמהריב"ל כנ' חשו' שהביא הספק הוי כפלוגתא דרבוותא וקוי שמא טוב ואעפ"י כן כתב דדמי להלויתני ואיני יודע אם פרעתיך גם כ"ר דמהרא"ש דלא נודע אם נאכדו כיס או כיבסה הוי נ"כ שמא טוב דלא הו"ל למידע גם כ"ר דמהרש"ך ככר כתב הוא עצמו דאפשר דהוי שמא טוב בספיקא דדינא וה"נ היכי נימא דרשב"ס ודעימיה דפטרי בס' דדינא דיודו למהריב"ל ודעימיה וצ"ע :

עוד ראיתי להרב פני משה שם שהביא דברי הרשב"א בתשו' פ' הזהב סתם' דכ' בתי עדים המאי יחלוקו אדרבא הו"ל כמנה הלויתני ואיני יודע אם פרעתיך ותי' דשאני התם דליכא רגלים שפרעו אבל הכא הרי נולד הספק הוא לפניך ומילכך יחלוקו עכ"ל וכתב הרי ספק' בפשיטות דהמאי יחלוקו הו"ל לחייב ללוה מכל וכל וכו' דהו"ל כאומר הלויתני ואיני יודע אם פרעתיך וכו' ואלמלא קושיא דתירץ הרשב"א דבכ"ר איכא רגלים על הפרעון ולכך יחלוקו הוה אית ליה ללוה לחייב בפשיטות כי ע"כ מהרש"ח כנגש מדברי הרשב"א וכו' עכ"כ . וגם זו לא הבינותי דאדרבה מתירוץ הרשב"א יש ראיה כנד מהריב"ל ודעימיה דהא מתמי' ס"ד דהרשב"א דדמי למנה הלויתני ואיני יודע אם פרעתיך דחייב ולסוף אסיק דל"ד דשאני הכא דאיכא רגלים דהרי נולד ספק זה לפניך וא"כ בכל דוכתא דאיכא ספקא דדינא או פלו' דרבוות' הרי נולד ספק לפנינו כלא טענותיהם והוי שמא טוב דלא הו"ל למידע ומעתה מה יוכיח הרב מהס"ד של הרשב"א ואדרבא מתירוצו של הרשב"א מוכח דלא כמהריב"ל ודעימיה . ושוב ראה ירחה להרב שמחת יו"ט בתשובה סי' ט"ל דקנ"ג ע"ג שהקשה על מהרא"ח ומהרא"ד"כ דסברי כהריב"ל מדברי הרשב"א הללו יע"ש :

האמנם יש לעמוד על דברי הרב ז"ל חתי' כמ"ש וז"ל דאין לומר דלא אמרי' הכי אלא כגון הכיא דהלויתני ואיני יודע אם פרע' דליכא רגלים וכו' משא"כ הכא דהכן מספ"ל לענין דינא וכו' דהא ליתא שהרי כתב הרב כנסת הגדו' משם מהרא"ד"כ סי' קע"ו וכ"כ שם משם מהרא"כ"ח בח"כ סי' א' יע"ש הרי דאע"ג דקי"ל הוי ספקא לענין דינא עכ"ז חשיב ברוא בחיובא וס' בחזרה עכ"ל . ואני תמיה על הרב דהוא תופש כל חדרי בטן איך לא ראה דדעת מהרא"ד"כ ושאר הפוס' דעימיה נדחה קדו לה גדולי האחרונים וככר כתבתי למעלה דהרב משנה למלך דחה דברי מהרא"ד"כ גם מהרימ"ט דחה דברי מהריב"ל גם מהר"ש יונה חלק עליו וכמש"ל גם הרואה יראה דמהרא"כ"ח בתשו' כ"כ ולבסוף חזר בו יע"ש . וכאמת שראיתי להרב עדות ביעקב דהקשה כן על הרב כנסת הגדולה אך תימא דל"ק מהרא"כ"ח אלא בשמא דהוי נוקמה הוציאות הכל בשמא דהוי יותיה פלוגתא ס"ר דמהרא"כ"ח כרקאי קאי יעו"כ ולי אני העבד אין כ"ל כן כוונת מהרא"כ"ח אלא דמסקנתו היא דכל דלא הו"ל למידע בין אם והיה הס' מהמת פלוג' בין אם יהיה הספק מחמת דמציאות פטור הלוה דל"ד לאיני יודע אם פרעתיך וכן הכין בדבריו

נכדו הרב פני משה בסי' הנז' יע"ש . ואיך שיהיה הנה אם יהיה דעת מהרא"נ"ק ז"ל כשאר רבוותא דסברי הכי אין לו להרב שמחת יו"ט לדחות חילוקו מחמת דברותם כיון דכולהו כהדהי דהו סברא זו וק"ל ועיין להרב שמחת יו"ט סי' ל"ב דקכ"ו ע"ג שהלך על דרך שיטו' דהסי' ט"ל יע"ש :

שוב דקדקתי בדברי הרב פני משה וראיתי שעיקר כוונתו להביא ראיה מדברי הרשב"א ז"ל בתי' ששם כנגד דברי הרשד"ס ומהר"ס מאטלון ודעימייהו דסברי דבמלוה ע"פ אפילו בטוען הלויתני ואיני יודע אם פרעתיך אם גם המלוה טוען איני יודע אם פרעתני דהוי שמא גרוע אפי' הכי פטור וכאמת כי מדברי הרשב"א מוכח להפך שהקשה דלמה יחלוקו דהא הוי כאומר הלויתני ואיני יודע אם פרעתיך והרי תקו ותרו שניהם אינם יודעים ותי' דשאני הכא דהרי נולד הספק לפניך אלמא דהיכא דהספק הוא אם פרע אם לאו חייב דהא ליכא רגלים וזה הפך מהרמ"מ ומהרשד"ס וזו היא שקשה להרב ז"ל אכן ליישנים דהרב פני משה שכתב בתחי' דבריו וז"ל אמנם מדברי הרשב"א שבתי' פ' הזרק שמבורר מדבריו דאינו משיטת מהריב"ל ומהרש"ך ומהרא"ש וכו' הא ודאי ליתא דבכ"ר דהוי שמא טוב דאכן מספ"ל גם הרשב"א יודה דל"ד לאיני יודע אם פרעתיך כמבואר בתירוצו והדברים ברורים וק"ל ומה שהק' הרב שמחת יו"ט הוא על מהרא"ד"כ ומהרא"כ"ח ז"ל דסברי דאפי' בשמא טוב חייב דדמי להלויתני ואיני יודע אם פרעתיך וק"ל . האמנם הנראה ליישב דברי הרבנים הנז' מקו' הרב פני משה ז"ל והוא דסברי ז"ל דאין מדברי הרשב"א הכרח יען כי הם אזלי ומודו דהיכא דאיכא שטר אפי' שניהם טוענין שמא חייב הלוה וזו היא דקשיא ליה להרשב"א דהתמא קקני וכן לענין המוכ דדינא הוא שיחלוקו ומשמע כין אם הוא חוב בשטר או בע"פ ועכ"ז מקשה דהי בשטר הא דמי להלויתני ואיני יודע אם פרעתיך ועכ"ז קא מתרץ רוש לחלק בין שמא טוב לשמא גרוע וק"ל :

וראיתי להרב כהונת עולם בתשו' סי' ז' ד"ט ע"א שהביא דברי הרב כנסת הגדולה בכללי הקי"ל וא"כ כתב ותמהני עליו שבסי' קכ"ו אות מ"ם כתב שאין ספק דמלי למימר קי"ל כר"ת כמ"ש וגוי ושכן מתבאר מדברי הפוס' ע"כ ומלבד שבעת לא מלינו כ"כ הפוס' שמתבאר מדבריהם כן עוד כה דהא סך מלתא הוי ברוא בחיובא וס' אם נמחיו מ"נ כנוי שבוש הוא שכתב מהרא"כ"ח עכ"ר ומ"ש הרב שלא מלינו כ"כ פוס' שמתבאר מדבריהם כן אחריו כער"ק אכן קא חזינן שהרואה כרין מ"נ אי בעי' שיפטרנו בפי' כתב מרן שם ס"ט פלוגתא ופא ודאי לדידן קי"ל נכם' קמייתא שזכיא מרן כסתם אך לחופסי רגל סקי"ל כתב הכנה"ג שם אות מ' מאחר דאיכא פלוגתא דרבוו' ויכול המוחזק לומר קי"ל מהרש"ך ח"א סי' ס' מהרא"כ"ח סי' ט' ע"כ גם מתשו' מהר"א ששון סי' ק"ד כדין הנמחת שנמלא עני כתב דיכול לומר קי"ל ע"ס הרי דנ"ד הוי ברוא בחיובא וס' בחזרה מכח פלוגתא וא"ח כתבו דיכול לו' קי"ל אי לאו דמהרא"ש חזר בו מכח דהוי מלוה בשטר ע"ש :

ומ"ש

ומ"ש עוד כא דכך מלתא הוי ברוא בחיובא וכו'
אין זה תימא שחור בו הרב ממה שהאה דהפוס'
לא סברו כמהראנ"ח א"כ לא נכיח ודאן של שאר
הפוס' מכח ספקו של מהראנ"ח ושפיר כתב הרב
פנה"ב ודבר זה עלמו אירעו להרב כהונת עולם
שכתבו' זו כנגד דעתו לס' מהרא"כ ומהראנ"ח
וכתבו' אחרת ושיא בסי' פ"ח דפ"ח ע"ג. בספק
נגר אחר שכתב שם וז"ל תמהני על הרב מהרש"ך
ומהרא"ש שם איך עלה בדעתם לחייבו לנתבע
משום דהוי כאוני יורע אם פרעתיך הלא גם המלו'
אינו יורע אם נתפרע ע"ש וממה שכתבתי אתם
תמוה כי מהרש"ך ומהרא"ש עלמם לא העמידו
דבריהם על דעת א' כי מהרש"ך בח"א סי' ט'
ומהרא"ש סי' ק"ד כתבו דהלוה יכול לומר קי"ל
אף דנ"ל ברוא בחיובא וס' בחזרה וכן נראה עיקר
לרוכא כי כן הוא הסכמת האחרונים כנ"ל :

וראיתי להרב שפתי כהן בסי' קכ"ו סקמ"ג
שהביא דברי מהרא"ש דסי' ק"ד והק'
דאפי' היכא דאיכא שטר יכול הלוה לו' קי"ל כיון
דהרמב"ן פוטר אפי' בדאיכא שטר ותי' דדעת
מהרא"ש לומר דכיון דאיכא שטר הו"ל כגבוי ואינו
יכול הלוה לו' קי"ל האמנם לדוכא חלק עליו וכ'
דמלי למימר קי"ל כהרמב"ן שהשטר אינו כלום
וכמ"ש בס' תקפו כהן סי' ק"ל. יע"ש ואח"ר וזו
ראיה נכונה למ"ש דדעת הש"כ לומר דדוקא אם
מה שתפס הלוה מחמת ספקא דדינא דלא הוי כאותו
חוב עלמו הוא דלא מלי לו' קי"ל אבל היכא שדנין
על אותו החוב. אם פרוע הוא אם לאו וקאי בספק'
דדינא או סלונתא פשיטא ליה להרב שפתי כהן
דיכול לומר קי"ל אבל מהרש"ל בב"ק פ"ב סי' ח'
נראה דעתו ברור דגם בספקא דדינא חילוני יכול
הלוה לומר קי"ל יעש"כ :

ושוב כמופשי בענין זה בספרי האחרונים ז"ל
ראיתי להרב בני משה מהג'אר ז'ל בה'
גביית חוב סי' כ' שהאריך בפרט זה והביא תשו'
הרשב"א דסי' תקע"א ובמיוחסות סי' ק' ופלפל
הרבה ולסוף כתב שם דקט"ו ע"ג דנ"ל דלא כ'
הרשב"א דאוקי שטרא אחזקתיה אלא היכא שבעיקר
הלואה שהלוה חובעו אין לו עליו שום טענה שלא
שבא לפטור עלמו מלד אחר שיש לו עליו ממון
מתביעה אחרת ואזיל הרשב"א לשיטתיה דס"ל
דבספקא דדינא לא מהני תפיסה וכמ"ש ה"ה בשמו
וכ"כ הר"ן בשמו הביאו בב"י סי' ר"ב ויע"ש וא"כ
האי מלוה דאית ליה לא עדיף מתפס דס"ל דמוליאין
מידו וא"כ כתב דראה להרב שפתי כהן בתקפו
כהן סי' ק"ל שכתב דלא מהני תפיסה כל שיש עליו
שטר וכו' ותילים מתשו' זו דהרשב"א והרמב"ן ז"ל
ולפק"ד אין ראיה כלל מדבריהם וכמ"ש עכ"ל
ומ"ש כפי' דברי הרשב"א כן הוא האמת וכמ"ש
אני העבד לעיל ובפרט דאחדיה לן האי סברא דסבר
הרשב"א דבכל ס' דדינא לא מהני תפיסה . אכן
מה שנראה שהבין בכונת הש"ך בס' ת"כ שדעתו
לומר דבכל דאיכא שטר לא מלי הלוה לומר קי"ל
ונראה דמשמע נים שדעתו לומר אפילו דהיכא
דאיכא ספקא על אותו חוב שטוענו עליו וע"ז
כתב דאין ראיה מדבריהם בזה אחרי אלף מחילות
מכבודו דלא כיון ישם שגם הש"ך הבין בדברי הרשב"א

כמו שהבין הוא ז"ל והכלל דכיול לן דלא מלי למימ'
קי"ל ומביא ראיה מהרשב"א היינו דוקא בטענה
חילונית שאינה מענין החוב שבשטר וכמבואר בלשונו
וגם ממ"ש בסי' ע"א סק"כ ובסי' קכ"ו והדברים
ברורים וק"ל :

וראיתי להרב פרח מטה אהרן בח"ב סי' כ'
דס"ל דב' כתי עדים המכחישים זה את
זה דב' אומרים פרוע וב' אומרים אינו פרוע
דמוקמינן שטרא אחזקתיה ומגבינן ביה וסק' מפ"ב
דכתו' ד"ך דאמרי' ב' החתומים על השטר ומתו
ובאו ב' ואמרו כתב ידם הוא זה אבל פסולי
עדות היו אם כתב ידם יולא ממ"א אינם נאמנין
ואמרי' התם דאוקי תרי לגבי תרי ואוקי ממונא
בחזקת מארים הלוה אלא דאם תפס המלוה לא
מפקינן מיניה יע"ש הרי התם הוו תרי ותרי
ואמרינן דלא מגבינן ביה ותי' דשאני התם אלו
מבטלינן עדות הב' בתות מבטלינן שטרא שהרי
הם פוסלים עדי השטר עלמם והו"ל תרי ותרי
ואין כאן עדות כלל משא"כ שעידי השטר כשרים
וב' כתי עדים הם מכחישים זא"ז בפרעון אמרי'
הרל מסבא הב' כתות שהרי עדותן בטלה חוזר
השטר בחזקתו ועדיו כשרים ולכן מגבינן ביה
עכ"ד ואני אומר דאחרי כע"ר לא סגנית הרב
בדברי התוס' שם שכתבו בשם רשב"א דמפרש
להא דאמר ר"ן אוקי תרי לגבי תרי ואוקי ממונא
בחזקת מארים שהוא כעידי שובר וכ"כ בהג"א
בשם רשב"א והרב מהרא"ש למד מדבריו לנ"ד גם
הפ"מ בח"ג סי' ל"ג כתב דלדינא לא מלינו מי
שחלק אדברי הרשב"א והסמ"ע בסי' מ"ו ס"ק
ל"ז הביא דבריו בסתם גם הרב שפתי כהן שם
ס"ק ק"ד הביאו בלי שום חולק יע"ש ואם איתא
לדברי הרב פרח מטה אהרן הו"ל בדין עידי
שובר המכחישים זה את זה כיון דבאו ב' עדים
ופסלו עידי השובר עלמם כמאן דליתנהו דמי
ומוקמינן שטרא אחזקתיה כיון דעדות ב' שבתות
בטולה הדין חזר השטר להיות קיים בבתחילה
ול"ע ובלאו הכי הרואה יראה שהרב שפתי כהן
בסי' מ"א ס"ק כ' דחה סברא זו של הרב פרח
מטה אהרן והביא ראיה מתשו' הרשב"א דסי'
כ"ט ע"ש ודוק שנראה לע"ד כתבתי נאום
הלעיר

חיים מרדכי

לבטון

ס"ט

סי' ל'

זה סובב על לבדי גדול אחר ונשכח ממני ולא
נמלאת תשובתו אללי וכמדומה על ראשון ללין
רב משה סחון זכר לדיק לחיי עוה"ב והבותי
ויעמוד לי אמן :

קול המולה שמענו לעקת ריב'ם אשר עלתה
אם המחלוקת לסבת שלהבת והאי תיגרא
דמי לבדקא דמיא כיון דרווח רווח נפנוח בקטנים
פרקי

פרתי: שוגים כחלה מכוהלת גדולה שמקלקלת ונסקיים בגדולים רבני עה"ק תו' הללו מזכים והללו מחייבים. וגם כי אין ספק כי אלו ואלו דברי אלהים חיים וכלם כאחד לש"ש נתכוונו להעמיד משפטי הדת ומר כי אתריה ומר כי אתריה אמור הבנן בטעמא וראיות נכוחות לקיים סברתו משפטו ואתו מ"מ כשאני לעצמי גר לי מאד פן יהיה חילול שם שמים ח"ו בדבר כי נודע הדבר כי יהיה ריב בין אנשים ראשי אלפי ישראל אמה מקום יש ברהם כפיהם ובשפתותיהם של עמי הארץ לדבר תועה על ישראל ועל רבנן הגם כי כל איש חכם לב ידע נאמנה כי זו היא דרכה של תורה מימות ראשונים הגאונים והמורים וגדולי הפוסקים ואת האחרונים זה וזה יחלוקו מחלוקת שהיא לש"ש מ"מ כאשר יהיה הדבר בין תובע ונתבע לא יכלר דנפיק מינים תורבא אחר כאחד ינשו אז נדברו רבנים הדברים דלא משמע להו לרבנן והנה כי כן הוחילה לאל ישפות שלום ולא תהיה זאת לפוקה ולמכשול עון ח"ו ורב השלום יברך את עמו בשלום כי"ר:

ואמת הגיד כי זחלתי ואירא לשכנים ראשי כסלע המחלוקת וכל ימי גדלתי בין החכמים ולא מצאתי לגוף טוב משתיקה וכפרט בדבר הגדול הזה טוב לגבר כי ישא עול השתיקה האמנם יען כי נראה כעליל פסקא דדינא מאחד המיוחד מרבני עיה"ק ירוש' תובב"א ותחים עליה רבנן קדישי כ"ד בהר כ"ד כולם כאחד מסכימים ומעריכים לזכות את התובעים וכתבו הדרכה על נכסי הנתבעים כאשר מפורש יוצא מפיהם ומפי כתבם ושמעתי כאומרים כי יש ויש שנים כרובים זהב גדולי ישראל עמדו מנגד וכתבו פסקים לזכות את הנתבעים לאוקומי ממונא הגם כי לא באו דבריהם פה אר"ץ יע"א מ"מ דברי אמת נכבים כי כן הדבר רבנן פליגי זה אומר ככה וזה אומר ככה ואיך שיהיה אמרתי אני אל לבי אשנה בדק זה ויהיו נא דברי לא להלכה וכ"ש למעשה ומפומא לליכא לא אגלה לקיים מ"ש כי נעים כי תשמרם בבטנך וכו' וראיתי אני את השאלה ארוכה מהר"ש רבה תוספתא מצד התובעים הי"ו ויקס משה וויסיען הרב הפוסק נר"ו ואחריך הרחיב משא זכה וזיכה להתובעים הנז' ועליו סמכו את ידיהם רבני עיה"ק ירוש' תו' כי יפה דן ויפה זיכה כמשה מפי הגבורה ויען כי תורה היא וללמוד אני צריך לראות היעמדו דברי מרדכי הוא הנתבע באיזה טענה דלא לאפוקי מיניה וראיתי להרבנים נר"ו כי כל דבריהם כנחלי אש לוחשות וקים להו לרבנן כי נזלנא עתיקא הוא אשר לא ישמע לקול מורים אך ורק חדשות הנה באו מסכת עדיות שנים עשר אשר נתקבלו לפני שלשה כ"א ואחת מהם ולא ידעתי אכנה אם מקבלי העדיות ראוי לסמוך עליהם אם לאו ובאין ספק כי לא הגיעו דבקיהם ליד רבני עיה"ק תו' אשר לא העלו על דל שפתיהם זכרון דברים מאלו העדיות ובודאי כי כל כי האי הו"ל לאודועי שנה כי כן דחש לבי דבר כי פן ואולי לפני מלכים יתיצב נוסח העדיות הנז' אם סיקלו על הנתבע מקסך אשר גזרו עליו ואיך שיהיה פניתי לבי לראות בעיקר דברי הרב הנז'

נר"ו וראיתי כי הוא נר"ו פתח לה פתחא למאי פרנסה ויחלקה לסעיפים ותוספ'ס עלו ועל כל א' וא' כתב עלה ספר ותוקה לארכה ולרחבה פארש הטובים. כויל ליה כקבא רבא:

והנה ראשונה ישעו סעיף הא' גם את הכ' והנה הנם קשורים זה בזה כ"א נאמר שהשבועה הא' קיימת ואין לה בית מנוס ממנה קנה משחתא כי השנים לא חלה שהיא שבועה הא' ואין שנו' חלה על שבועה כאשר שאריך בזה בתשו' ברמת"ה והנה הסעיף הא' אשר כבם עלה דייק הוא אשר הכע"ר הנז' חייבו עצמם לעמוד לדין לפני הרב ראשון לציון נר"ו וב"ד שע"י וזה בש"ח שיעבר עצמו הנתבע ני' מרדכי שכל עת וזמן שיגזור עליו הרב נר"ו שילכו ויעמוד עם ב"ד שפוא חייב לכא וע"ז הטיל תנאי כנמר דבריו דהיינו דוקא עד מ' יום ולא יותר ואם יתעכב התובע ולא יבוא בירורים הוו הנתבע פטור ועטיר ע"כ ונסתפק הפוסק נר"ו שעכשיו שעברו מ' יום ולא בא מי אמרינן דנתבטלה השבועה לגמרי ופוטר תנאי או דילמא האי לחודיה קאי והאי לחודיה קאי וכ"ש שאין עיקר הדבר תלוי בתנאי ועוד דאין שום שבועה על הדבר הב' כלל. ועל מבוכה זו עמד ומקורם העירה מהקיא פלוגתא שהביא מרן ז"ל בי"ד סי' רל"ו בב' שנשבעו ועבר א' מהם על שבועתו אם השני פטור כי דעת ר"ש משנן שהב' פטור וזקן זה שקנה חכמה חלק עליו כי שניהם אסורים יע"ש וכ"ר הכוותיה כי לפי דעת ר"ש שנתבע פטור ולפי דעת אותו זקן חייב וכתב כי הגם דדעת מרן ומור"ס וסב"ח ומהריב"ל ומהרי"א בס' הר"ש מ"מ מהר"ס מפרוואה ומהרימ"ט סי' א' ומהרשר"ס סי' ק"ז ורבו הרו"ש ז"ל ס"ל כהזקן וכן כתב הרב תורת חסד סי' כ"ה והרב כהונת עולם ביו"ד סי' רכ"ח דפ"ב יע"ש והגם דבירוש' והנפים קיבלו ס' מרן ז"ל כבר כתב הרב שמחת יו"ט ז"ל דלענין איסור ערוה וגיטין וקידושין וכו' נוהגים להפוס החומרות יע"ש והגם שהרב כ"כ לענין איסור ערוה ודכותיה כבר הם עמדו על מבוכה זו וסעלו דבכל איסורא נקטו להחמיר ובכל דבר שיש שבועה יש להחמיר אפי' נגד מרן עכ"ד

ואנכי בעניי לא אוכל להתאפק ממאי דק"ל טובא על הרב הפוסק שיחל"א חדא לעיקרא דמלתא מאי דקא מדמי נ"ה להאי פלו' דהר"ש משנ"ז והרב הזקן לדידי לא דמו כהוכלא לרנא דבשלמא אלו הוו תרוויהו הנתבע והתובע נתחייבו בשבועה לבא בסוף מ' יום ואחד מהם נתעכב ולא בא דבזה יש לדון אי גם חבירו פטור או לאו זה ודאי דמי ממש להאי פלוגתא אבל הכא בנ"ד דאעיקרא התובע לא חייב עצמו לבא דוקא בתוך מ' יום אלא שהנתבע הוא שהעיל האנאי שמם שחייב עצמו עם הרב ה"ל הי"ו כחיובו הכתוב ומפורש דהיינו דוקא אם בא יבא התובע בתוך מ' יום ואם יתעכב יותר הרי הוא פטור א"כ מה מקום לומר בזה דלדעת הזקן והנמשכי' אחריו דתרוייהו קאי סא ודאי דליתא דלא חייב עצמו אלא אדעתא דהכי ותו לא ; ותו ק"ל דאם קותא להכריו דשבועת הנתבע עדיין במקומה

עומדת

עומדת א"כ למאי אהני תנאה ומאי פטרתו דקא' דאם יתעכב סהובע ולא יבוא כרורים או התובע פטור ועטיר ולמאי הלכתא קאמר דהרי הוא פטור הא פשיטא דכונתם לר' דהוגו חייב לבא תכף ומיד א"כ אימתי תחזור ותחול עליו השבועה וכל כי הו"ל לפרושי דאחר זמן כו"כ אז יתחייב לבא וכתב' דפטור ועטיר משמע דכלל וכלל לא ואם כונת הפוסק כר"ו לחייבו עליו את הדין אשר ידונוהו אם מכח הקבלה והשבועה אין זו כמשמע כלל ואם לעיקר קבלת הדין שהרב וכ"ר הי"ו הם כ"ד בגדול אין זה שייך לשבועה דאף בלא שבועה חייב והין זה נוגע למחלוקת הפוס' הנז' בב' שנשבעו ועבר א' מהם על שבועתו וכו' ואף או יקוכנא גזם סיטתיה לדידי אין ספק כיון דדעת מרן ורוב הפוסקים שפסקו כס' מסר"ה מסנ"ז ומיפוטא דהפוסקים דס"ל כס' הזקן לא אמרו' כזה ספק שבועה להתמור :

ומה שכתב שעל מרוכה זו דבס' שבועה הפי' נגד מרן נקטינן להחמיר אחרי שמקילה הם קבלה נקבל ואם לדין יש תשובה שהרי מלאנו להרב בני חברהם בחה"מ סי' ט"ו שכתב דלא אמרי' ס' שבועה להחמיר אלא דוקא בס' שקול אמנם אם הרוב פוטרים אזלינן לקולא כיון דאיכא רוב לא יהא חמור מאיסור חלב דאחרי רבים להטות עכ"ל וכן ראיתי לסנהון מערכי לב כרוש כ"ן דקט"ו ע"כ יע"ש ובאמת שראיתי להרב פ"מ בח"ב סי' קט"ו כמת א' מן השותפים שכתב דהיכא דאיכא שבועה יש לחוש לס' מהר"ס כ"כ דס"ל דלא נתבטלה השותפות והבט דמרן ז"ל לא פסק כותיה מ"מ כיון דאיכא שבועה יש לחוש לסבר' מהר"ס ואמרי' ס' שבועה לפחמיר ועש"כ הרי דאף דמהר"ס יחיד הוא בס' זו וגם דמרן ז"ל פסק דלא כותיה הפ"ס כתב דאמרי' ס' שבועה להחמיר דמ"מ לעומת זה הכי הרואה להרב פני משה עלמו בסי' כ"ח שהיה מאוחרת כמו לתשו' בסי' קט"ו הכרים לגוזים דכ"ר קאי כפלוגתא דהר"ם מסנ"ז והזקן וכתב דנראה לכאורה כיון שים חולקים איך נקל במקום שבועה אך הרואה יראה שמרן ב"י דתם ס' הזקן וכו' וכש"ע פסק כס' הר"ם מסנ"ז וכ"כ ב"ח ע"כ ואם איתא לפא למה לא חש לס' הזקן אף שהוא יחידאה כמו שחש לס' מהר"ס ז"ל דהוא יחידאה בסי' קט"ו אלא ודאי דסדר כיה משמעות דתשו' זו בתראה היא וכמ"ש ומה גם לתשו' הרשד"ס שהביא שם הפ"מ שכתב דמעולם לא פליג הזקן עם הרב מסנ"ז אלא במציאות שהיתה הב' שבועו' כבבר אבל אם נשבעו שניה שבועה א' על דבר א' ועבר א' מהם אף הזקן יודה דחבירו פטור ע"ש נסת ודאי בכ"ר לא הוי אלא שבועה אחת ולפי דברי הרשד"ס הנז' כ"ע מודו וכ"ש כפו מ"ש הא' מסדיב"ל בח"א סי' ל"ו ומהרש"ך בח"ה סי' קי"ב הביאם הפ"מ שם דל"פ הרב מסנ"ז עם הזקן אלא בחרם אבל בשבועה גם הזקן יודה וכ"כ הפ"מ ז"ל בכ"ה ומינה לנ"ר גם מהר"י אדרבי בסי' רכ"ד אזיל בסי' מהריב"ל ומהרש"ך והגם כי מהרומ"ע ז"ל בח"מ סי' ק' הסכים דל"ש חרם ל"ש שבועה מ"מ דעתו ז"ל היכא דנתקשרו זב"ז ולא הוקלה מחמת איסור כי אם מחמת עלמן כיון שעבר הא' סב' פטור וע"ש והמעיין היטב בתשו' מהרי"ט הנז' ברוש דבריו ראה והלא ראיה להכרינו שהק' שם על הראים שהביאו מהסיא דאבימלך דמה ראיה איכא דשאני התם דכתיב כחסד אשר עשיתי עמך וכו' דמשמע הא אם ישקרו מותר לאברהם ודעו לשקר בהם יע"ש מה שתירץ · מוכח דהיכא דהוי לשון תנאי פשיטא דשרי מותר וכ"ש וק"ו כנ"ד שכתב בפי' דאם לא יבוא התובע עד מ' יום הנתבע פטור ועטיר הא ודאי דאין מקום לחוש לשבועה ומה גם בהצטרף ההיא דכתב הפ"מ שם בסי' נ"ן דשבועה עם ק"ס הדרבא מגרע גרע יע"ש וכנ"ד כתוב מפורש בשטר שקבלה בקנו"ס במדל"כ דלס' הפ"מ יש להקל ועוד כה דשבועה דכ"ר לא הויא בשם או בכינוי וידוע דהויא פלוגתא דרבוותא וככל התק"ל ת"ק בוו"ד סס"י פ"ו מקל בזה ועש"כ :

עוד יש לי להביא ראיה מתשו' מהרשד"ם חיו"ד סי' פ"ג דכ"ד שקיבלו עליהם למרבין תורה ונשבעו לו שלא ליקח לאחר למרבין תורה ואח"כ ילא הוא מהללם ורוצים ליקח אחר והביא ע"ז תשו' הרא"ש דבלל ח' שכתב בכ"ד וז"ל כי לא נדרו הם מכם כ"א ע"ד החברה הילכך מת"כ אם ישאר הח"ר חוקיה כדין או שלא כדין אין עליך נדר וכן כתב ריו"ה חא"ח נתיב ו"ד ס"ז שנים שנשבעו לעשות דבר א' והא' מהם עבר על שבועתו השני פטור וכו' ע"ש · ולכאורה יש לדקדק איך לא זכר דברי הזקן דנראה דפליג ארשד"ם והוא עלמו בסי' ק"ז הביא משם רבו הרי"ט וחש לסברת דהזקן והלריכו לבקש היתר מבעל דינו יע"ש ואיך בסי' פ"ג סתם הדברים ולא הזכיר רמז מזה אכן לפמ"ש אתי שפיר דהרואה יראה דבסי' ק"ז כתב בכ"ד שאפשר שאין האיש כעל האשה הלא שבועה אם חבירו יעבור על אחד מהדברים שהתנו ביניהם דאפשר לא היה כונתו אלא כל זמן שיתנו לו האשה מחוייב הוא לקיים השבועה וכו' וע"ז הביא פלוגתא דהר"ש מסנ"ז והרב הזקן וחש לדברי הזקן אבל בסי' פ"ג הדרבה כתב בפי' דמוכח כלשון השטר דהוי כאילו התנו שהרי כתבו שלא יוליאוהו משמע שכונתם הוא שלא ילא הא אם ילא ודאי דארעתא דהכי לא נדרו ועוד האריך בזה וכהיות דכ"ר משמעות השטר הוי כאילו התנו אין לו מקום לסביא דהזקן דבכי הא לא אמרו ולהכי לא העלה על דל שפתיו בסי' פ"ג האי פלוגתא · עד שמזה אני תמיה על הפ"מ בסי' כ"ה שהביא תשו' הרא"ש דבלל ח' וכתב ואף שלא מפניו כל השיה סברא הכתובה במרדכי שהרב מסנ"ז כתב שבא לו זקן אחר וא"ל שבניהם אסורים ונראה שהרב מסנ"ז קיבל דברי הזקן ופסט דברי הזקן חולקים על ס' הרא"ש שדעתו כמו שמקובל לה' מסנ"ז ואיך היקל במקום שבועה · אך הרואה יראה שמרן בב"י וכו' וכש"ע פסק כפשיטות כס' הרא"ש יעש"כ · ואחרי כע"ר אין ס' הזקן נוגעת לדין הרא"ש כלל שהרי כנוסח השבועה שנשאל הרא"ש נכתב בפי' ואם ח"ו יארע דבר לא' ממנו ולא יוכל לעלות לא"י יהיה חבירו פטור מן השבו' ע"כ וע"ז הסיב כפשיטות וכגון דא אין הזקן חולק הנע עלמך אם ראובן נתחייב בשבועה לישא את בת שמעון בתנאי שיזמין אותה לחופה לזמן פ' ואם יעבור

יעבור הזמן הרי הוא פטור ועבר הזמן אם יש שום סברא לומר שראובן בשבועתיה קאי אפי' אם יזמין שמעון כחו אחר הזמן שקבעו ביניהם ובזה כ"ע יודו ואין מי שחולק ופוק חזי שהרב עצמו שהחמיר כדעת הזקן מ"מ כ' בשו"ר וז"ל וכ"ש לדידן שכתבנו לחוש לס' הזקן וכו' עכ"ל כוונה דקשו' הרא"ש אפשר להקל לפי טעמם כאמור ע"כ ובכ"ד לפי טעם הרשד"ם דסבר דלא אמרה הזקן אלא בשתי שבועות דוקא אבל בשבו' א' מודו הכא כ"ד הוי שבו' א' ויורה הזקן וכבר כ' הרא"ח ומהרש"ך ומהרא"ש מתשו' הריב"ש דבשהשבועה באה לבסוף לקיים כל הנז"ל הוי שבועה אחת הביאם הרב בה"ע שם וכ"ש בכ"ר :

ואף לפי טעם מהר"ם מפדואה ומהרי"ט שכשבידו לתקן את אשר עיוות לא נפטר חבירו הכא בכ"ד לא דמי כלל להתיא דהתם הנשבע מעיקרא ניחא ליה בתיקונו משא"כ בכ"ד אדרבא הנשבע בערמה עשה שבטיל תנאי זה שדוקא עד מ' יום יתחייב ואח"כ יהיה פטור מחיובו ושבועתו וא"כ מאי אפשר לתקן איכא הכא כיון דמעיקרא לא בעי ולא ניחא ליה לא זה ולא אותו ומדהותר הנשבע שבה א' כמו שמפורש בתנאי אשר עשה הותר לעולם והגם דלזה אין צריך ראיה מ"מ הרואה יר' ראיה נכונה מתשו' הר"ש על איש ואשה שקבלו עליהם חרם לישא זא"ז ושוב המיר המשודך ואח"ך חזר בו דפסק הר"ש כיון שהותרה המשודכת בשעה שהמיר לא תחול עוד לעולם ע"ש וכן כתב בתשו' הרשד"ם י"ד סי' ק"נ וע"ש וכן כתב המ"ן ח"ב סי' ע"ט ע"ש וכ"ר עדיפא מכלהו כמבואר :

ולדידי כל מה שטרח הפו' שיחיה להביא תשו' הרא"ש והרשב"א כמי שנשבע לעשות דבר לזמן פ' ושוב עבר הזמן אם עובר עוד על שבועתו וחייב לקיים או לא והביא דברי הפוסקים האחרונים בזה . לע"ד כל זה דבר הלמד שלא מענייננו כי אם נתחייב איש לחבירו בשבועה לתת לו מנה לזמן פ' אם יהיה עמו בעיר ואם לא יהיה בעיר פטור האם יש מקום לומר אם לא היה עמו חבירו באותו זמן ובא אח"ך שיתחייב לתת לו מנה מכח השבועה ואם נכנס זה בסוג המחלוקת של הרשב"א והרא"ש הא ודאי ליתא וכל היושר הולך יורה דליתא והדברים ברורים . והנך רואה מ"ש הט"ז בי"ד סי' רל"ו סקי"ג כמי שעושה מקח עם חבירו שיעמיד לו סחורה פ' לירוה שאז זמן הכי ולא בתר הכי ואירעו אונס שלא יוכל להעמיד לאותו זמן אלא לאח"ז פשיטא דפטור אח"כ מלקבלה וכו' דלא התקשר אלא אם יבא לאותו זמן כיון שהזמן גורם והעיקר בו ע"ש ומינה לכ"ר והגם שהט"ז עשה עיקר מטעם שהזמן גורם דהיינו שהוא זמן מכירתו ולא אחר כך היינו משום דליכא תנאי מפורש אבל בכה"ג דכ"ר דיש תנאי מפורש הוי כ"ר עדיפא מדידיה וק"ל :

ועוד אני אומר שמבין ריסי עיניו של הרב הפו' שיחיה נראה שדעתו לומר דאין עיקר השבו' שהשביעוהו על הנשבע על הזמן כ"א לקבל עליו את הדין מה שיגזרו עליו הרב ר"ל וכ"ר שע"י ואני אומר דאם באנו לידי מדה זו לומר דאין עיקר השבועה בשביל הזמן כ"א בשביל לעשות משפט כתוב אשר יתחייב מב"ד וגם שיתחייב לבא בעת אשר ישלח אחריו הרב ר"ל יש לדון בה דפשיטא שמה שחייב לעשות מה שיגזרו עליו הוא מצוה דכתיב ועשית עפ"י הדבר אשר יגידו לך וכו' ואין לך אלא שופט שבימיך אלא שגם מה שיתחייב לבא בעת אשר ישלח אחריו הוא מן הדין וכ"ש לפי מ"ש הרב הפוסק נר"ו ודן שאינו יכול הנשבע להתגלגל לעמוד לפני ב"ד אחר יען כי הרב ר"ל וב"ד הי"ו הם ב"ד הגדול ומחוייב הנשבע לדון לפניהם והשתא דאתית להכי נראה דבכה"ג לא חיילא שבועה דכי היכי דנשבע לבטל את המצות לא חייל עליה שבועה וה"ה אם נשבע לקיים את המצוה לא חייל שבועה ובאמת שאם באנו לומר שהוא מ"ע מדרבנן חיילא עליה שבועה וכמבואר בדברי מרן ריש סי' רל"ו ובסי' רל"ט ס"ו וע"ש . אך אי אמינא דחיא דאורייתא מקרא דועשית וכו' עפ"י הדבר וכו' ודאי לא חיילא שבועה . וכבר ראיתי להמבי"ט בח"א סי' נ"א דשט"ח שיש בו שבו' לא חיילא משום דפריעת ב"ח מצוה אם לא שכלל עמו תנאי של רשות דאז חיילא בכולל וע"ש וכן כתב השכנה"ג בתשו' יו"ד סי' רי"ב וע"ש וביו"ד סי' רל"ו וע"ש . אך אם באת לומר דלדון לפניהם דבר הרשות הוא הוי חיילא עליה שבועה ולקמן נאריך בזה אם יעזור ה' . וגם אם נניח כמונח לומר דבתוך מ' יום חל על הנשבע השבו' ואח"כ א"כ שפיר חיילא השבועה על הזמן וכמ"ש הכנה"ג דאף דאין שבועה חיילא על הפירעון עצמו דהוי מצוה מ"מ חיילא על הזמן והגם דהכנה"ג סי' רל"ח רל"ה ע"ד לא הונח לו בזה וע"ש מ"מ לע"ד ניחא דאין מצוה מן התורה לפרוע באותו יום שקבע לו ובעת אכמ"ל בזה :

ואיך שיהיה אמינא ולא מיסתפינא שמה שכתב הפוסק נר"ו מקור הדין דב"ד מההיא פלו' דהר"ש משאנץ והזקן והתו' הרשב"א והרא"ש לע"ד לא זו הדרך ולא זו העיר כי עיקר מקור דין זה הוא מסוגיא דנדרים דכ"ז ההוא גברא דאתפיס זכוותיה בב"ד ואמר אי לא אתינא עד תלתין יום ליבטלן זכוותאי איתנים ולא אתא . אמר רב הונא בטלן זכוותי א"ל רבא אונס הוא ואונס רחמנא פטריה ע"כ ופירש הר"ן שם דהאי גברא ביקש מב"ד שיתנו לו זמן וכדתנן בסנהדרין שכל ראיות שיש לך להביא הבא מכאן ועד ל' יום וב"ד חששו שמא לא אמר כן אלא לשמט מהן ועשו עמו שיתפיס שטרי זכויותיו שיש לו על חבירו בידם ואמר להם אם לא באתי מכאן ועד ל' יום זכיותי הללו בטילות עכ"ל וכ"ר בתי דכוותיה שהתובע ביקש מבית דין שיהיו ברורים עד מ' יום ואם לא יבא פטור הנשבע מכל התביעות אשר עליו ובטל דינא מכל וכל אך באין ספק שנתבררו הדברים שאין כן שכונם שהרי אחר זמן זה הנשבע רצוי ועומד להתדיין עם התו' לפני ב"ד שבדמשק וא"כ פטור ועטור דקאמר שלא יתחייב לבא לב"ד שבירוש' ואיך שיהיה כי אתנים תובע ולא אתא הויא פלוגתא דרב הונא ורבא וכאמת שהפוס' ז"ל פסקו כרבא דאונס רחמנא פטריה ועדין זכות הולה ולא בטילי ולכאו' דב"ד דכוותא הוי :

האמנם מה שיש לחקור היא מ"ש התוס' שם בד"ה אונס רחמנא פטריה וכו' וא"ת באיזה

כאיזה אונס מיירי אי באונס דשכיח הו"ל לאתנויי וא"כ אונס דשכיח ולא שכיח בא נמי הו"ל לאתנויי ולא איתני כדתוכח בכתובות גבי גט ובשמעתין מדמי לה לגיטין וי"ל דמיירי באונס דלא שכיח כלל עכ"ל וא"כ גם בנ"ד נחזי אנן אונסא דאיתרע לתו' ולא בא אי משום דפשפש ולא מצא זכות בתוך מ' יום וחשב כי עוד שנה ימים באים אולי ימצא זכות הא ודאי לא מיקרי זה לא שכיח כלל ואדרבא הוי בסוג שכיח כי ברי עין רואה שזה כמה פעמים עמדו לדין לפני רכני דמתא ולסוף עשה התובע מודעא ונתפשר ואילו היה לו איזה זכות היה רואה ואחר כ"ז אם לא ימצא עוד איזה ראיה וזכות לא מיקרי לא שכיח כלל ולכל הפחות הוי שכיח ולא שכיח וא"כ הו"ל לאתנויי ולא אתני ולא מיקרי אונס וכמ"ש התוס':

גם מה שטען עוד שחלה בני' רפאל בתוך מ' יום ומחמת זה לא היה יכול לבא אי משום שישנו אי משום דעיקר הברורי' הוא יודע אוחס הא נמי ליתא לע"ד כי החולי לא מיקרי לא שכיח כלל ומלבד דמילי דסברא ניכתו לפוטרס בלא כלום אי אפשר והוא ממ"ש הר"ן שם במתני' חלה הוא או שחלה בנו כלומר אע"ג דלאו אונס גמור הוא הרי אלו נדרי אונסין לפי שלא עלה ע"ד לאסור נכסיו על חבירו אם לא יאכל עמו אלא כשיוכל לבא בלא אונס כלל ולא יבא אבל כל שנאנס קצת כגון שחלה בנו וצריך לשומרו מותר דלאו אדעתא דהכי אדריה עכ"ל הרי כפי' דחולי לאו אונס גמור הוא ובהכי ניחא לי מאי דק"ל לכאורה ע"ד התוס' דמאי מקשו באיזה אונס איירי וכו' הא סברא הוא מדקא מייתי תלמודא האי עובדא אמתני' מוכרח דהוי דומיא דמתני' שחלה הוא או בנו או שעיכבו נהר דקרי ליה נדרי אונסים אבל לפי דברי הר"ן ניחא דס"ל לתוס' כס' הר"ן דהאי אונסא דהאי עובדא כאונסא דמתני' ל"מ דשאני התם שלא עלה ע"ד לאסור אלא כשלא יבא בלא אונס כלל ואי איירעו אונס אע"ג דשכיח לא אדרים משא"כ בהאי עובדא דאתי לאפקועי ממוניה דליכטלן זכוותיה הוה ליה לאתנויי אי איתרע ליה אונסא דשכיח ודלא שכיח ולא מקרי אונסא אלא דלא שכיח כלל • וכן יש לי להביא דחלה הוי שכיח ולא שכיח מדברי התוס' דבפ"ק דכתו' דאיכא תרי לישני התם דלישנא קמא אין אונס בגטין ומייתי ראיה מהא דתנן הרי זה גיטך אם לא באתי מכאן ועד י"ב חדש ומת בתוך י"ב חדש אינו גט וקאמר דמת הוא דאינו גט הא חלה ה"ז אנוס והוא גט ודחי לה דה"ה חלה ועוד הביאו ראיה מסיפא ודחי לה ועוד הביאו ראיה מהא דאמר אי לא אתינא מכאן עד ל' יומין להוי גט ולסוף פסקיה מברא ואמר שמואל דלאו שמה מתייא והוי גט ודחי לה דילמא אונסא דשכיח שאני וללישנא בתרא יש אונס בגיטין ומקשי עלה דרבא מכלהו ומשני כדלעיל וכתבו התוס' בד"ה איכא דאמרי וכו' וק' לר"י דמסיק בפ' מי שאחזו דאכלו ארי או הכישו נחש הוי אונס והכא קאמר כלישנא קמא דהוא עיקר דאין אונס ואומר ר"י דנ' עניינו אונס הם דאונס דלא שכיח כלל כהסיא דאכלו ארי אפי' לל"ק יש אונס כיון דלא שכיח כלל ואונס דשכיח כגון פסקיה מברא אפי' לא"ד אינו אונס אבל אונס דשול"ש בהא פליגי תרי לישני דרבא והלכתא כל"ק עכ"ד הרי מבואר מדבריהם דחלה הוי שכיח ולא שכיח ופליגי ביה תרי לישני ודוקא באכלו ארי דלא שכיח כלל הוי אונס אליבא דתרי לישני אבל בחלה דהוי שכיח ולא שכיח פליגי' ופשוט:

האמנם הסתא דאתינא להכי זוהי שק' בדיני ממונות דמשמע דלל"ק דקי"ל כותיה אין אונס בגיטין והיינו בדשול"ש ומשמע דדוקא בגיטין הא"נ לא הוי אונס אבל בממון הוי אונס ומוכרח בדשול"ש הוא וכגון דחלה ואיך כתבו התו' בנדרים דבאונס דשול"ש איבעי ליה לאתנויי אפילו בממון כעובדא דאיתנים ולא אתא • ודאיתי להרב מחבי"ב בתשו' בח"מ ח"ב סי' קי"ט שהביא דברי התוס' בנדרים הנו' והקשה עליהם וז"ל אבל אי ק"ל כדברי התו' הא ק"ל דעוד היום תקשי להו במתני' דתנן חלה הוא או בנו הרי אלו נדרי אונסין ואמאי כיון דשול"ש איבעי ליה לאתנויי וכיון דלא התנה איהו דאפסיד אנפשיה עכ"ל • ולדידי הא ל"ק כלל דדעת התו' כמ"ש דס"ל כס' הר"ן דשאני בהסיא מתני' דהדירו שיאכל אצלו אנן סהדי דלא הדירו מנכסיו אלא כשיוכל לבא לאכול אצלו מבלתי שום אונס כלל ולא יבא אבל אם יארע לו איזה אונס קל ניחא ליה שלא יבא לא כן בשאר דיני ממונות בהסיא דאתפיס זכוותיה לא מיקרי אונס אלא היכא דלא שכיח כלל אבל אי שול"ש איבעי ליה לאתנויי וכמש"ל:

עוד הקשה הרב שם אמ"ש התו' ובשמעתין מדמי ליה לגיטין דבכתובות משמע איפכא וכו' וכודאי דשמעתין סבר דיש אונס בגטין וא"כ אדרבא נראה דלא מבעיית בשאר מילי דחלה הוי אונס כמ"ש גבי מזונות אלא שגם בגטין דינא הכי שיש אונס אפילו בחלה דשול"ש ואיך כתבו דשול"ש איבעי ליה לאתנויי ותי' שם דדעת התו' בנדרים דחלה הוי אונס דל"ש כלל וסוגיא זו אתי כל"ב דאמר רבא וכן לענין גיטין דהיינו בדחלה הוי אונס דל"ש ובהסיא דאכלו ארי אבל באונס דשול"ש וכ"ש שכיח טובא לא הוי אונס לא בגיטין ולא בממון אבל דעת תו' דכתובות דלל"ב אפילו בדשול"ש הוי אונס בין בגיטין בין בממון יע"ש שהאריך ומ"מ למדנו מדבריו דלדעת התו' דנדרים חלה לא הוי שכיח כלל והוי אונס משא"כ בשאר מילי דשוו שול"ש לא הוי אונס דהו"ל לאתנויי • והנה אמת כבר כתבנו למעלה דסברא היא לומר דחלה הוי שול"ש כאשר עין רואה וגם שהוכחנו מדברי הר"ן כן והגם דיש דוחה לדחות דאין כאן ראיה כלל מדברי הר"ן דמ"ש הר"ן במשנה היינו דחלה לאו אונס גמור הוא ולא משמע למימר דמיקרי שול"ש אלא ר"ל דאע"ג דל"ש כלל מ"מ איננו אונס גמור אלא קצת אונס ואונס גמור ולא גמור איננו תלוי בדשול"ש ופשוט מ"מ סברא זרה היא לומר דחולי לא שכיח כלל ועוד דהדבר פשוט דהתוס' לא כתבו כן אלא לפשטא דשמעתין דמרמי גט לממון וסבר כלישנא בתרא אבל לדידן דקי"ל כלישנא קמא דרבא דקאמר אדין חלה ולגיטין איננו כן והא ודאי דבדלא שכיח כלל מוכרח דאף לישנא קמא יודה ומדין אכלו ארי ומוכרח דיש לחלק אליבא דהאי לישנא בין חלה לאכלו ארי דחלה הוי שול"ש ואכלו ארי לא שכיח כלל:

כלל נמצא לפי דקי"ל כלישנא קמא חלא הוי שכיח ולא שכיח וכממון הוי אונס וכנגע לא הוי אונס וכן אתא. מולא דעת כל הראשונים ז"ל דכממון אף דשכיח ולא שכיח הוי אונס דלא כמו שכר' לפורה מדברי התוס'. גם דחלא הוי שכיח ולא שכיח · דהנה הרשב"א ז"ל כתי' נדרים שכתב בסוגיין וסוא דלא אנים כלומר אפילו אונס דשכיח ולא שכיח כחולי וכו' ולא איבעי ליה לאתנויי וכ"ש כאונס שאינו מצוי כלל כמו אכלו ארי וכו' ע"כ · גם הריטב"א כתי' כד"ה ולמדנו ממשנתינו דמאן דנדר וכו' ותני' וכו' כל היכא דאנוס אונס כל דהו המעכבו לקיום שבו' כל היכא דלא אסקי אדעתיה ואפי' אונס חולי דשכיח ואונס עכבת הנהר דשכיח דתרוייהו גבי גיטין לא חשיבי אונסין כדמוכח בכתו' דלהכי כתב רחמנא באדם בשבועה פרט לאנוס וכו' ע"ש ואף שכתב הריטב"א ואפילו אונס חולי דשכיח וכו' דנר' דס"ל דאפילו שכיח לא אמרינן איבעי ליה לאתנויי וזה הוי כפך כל הראשונים דסברי דבשכיח אמרינן הו"ל לאתנויי מ"מ נראה דלאו דוקא אלא ר"ל דהוי שול"ש לאפוקי מדאכלו ארי כנ"ל גם הנ"י כתי' כתב והלכתא כרבא דיש טענת אונס אפילו בהא וכו' מיהו לענין גיטין יש לחלק בענין האונס דבאונסא דלא שכיח כלל יש טענת אונס וכו' ובאונסא דשכיח ולא שכיח כההוא דפסקיה מברא וחולי אין טענת אונס טענה משום דהו"ל לאיתנויי וכ"ש באונס דשכיח עכ"ל גם הרמב"ם פי"א דמכירה והטור ומרן בח"מ סי' כ"ס כתבו דין זה דאתפיס זכוותיה וכו' והוא שלא יהיה אנוס וכו' ואם עכבו נהר או חולי לא יקנו ע"ש וכן בי"ד סי' רל"ב סי"ב גבי נדרי אונסין יע"ש ועיין בש"ך יו"ד סק"ד ובח"מ סק"א יע"ש:

וראיתי מש"ש ע"ד מהרש"ך ח"ב סי' מ"ה גם מהר"א ששון סי' ס"א והרב המבי"ט כתבו'. הנז' השיגוהו ע"ש ובאמת הגם כי באמת דעת הרא"ש בפסקיו פ"ד דנדרים ופ"ק דכתובות והרשב"א כתי' וכתבו' סי' תשע"א ושתו' בנדרים ובכתובות נראה דלא כמהרש"ך מ"מ בסגנון דברי הריטב"א והנ"י שנדפסו מחדש נראה מדבריהם דס"ל כס' מהרש"ך דבעלמא אפילו אונסא דשכיח מהני שהרי כתב הנ"י וז"ל והלכתא כרבא דיש טענת אונס אפילו בהא דקיבל. איהו על נפשיה ול"א כיון דהו"ל לאתנויי ולא אתני איהו דאפסיד אנפשיה מיהו לענין גיטין יש לחלק בענין האונס דבאונסא דלא שכיח כלל יש טענת אונס ובאונסא דשכיח ולא שכיח כההוא דפסקים מברא וחולי אין טענת אונס משום דהו"ל לאתנויי וכ"ש באונס דשכיח עכ"ל ואם איתא דס"ל לחלק גם בממון בין שכיח לשכיח ולא שכיח לא הו"ל לסתום ולומר דל"א הו"ל לאתנויי ודוקא בגיטין יש לחלק אלא ודאי דס"ל דבעלמא אין לחלק כלל ואפילו בדשכיח ל"א הו"ל לאתנויי · גם הריטב"א כתי' כתב וז"ל כל היכא דאנוס אונס כל דהו שמעכבו לקיים שבו' כל היכא דלא אסקים אדעתיה בשעת נדרים ושבועתים ואפילו אונס חולי דשכיח ואונס עכבת הנהר דשכיח דתרוייהו גבי גיטין לא חשיבי אונסין כדכתיבנא במס' כ' וכדמוכח בשמעתא קמייתא דכתו' דלהכי כתב רחמנא האדם בשבועה פרט לאנוס וכו' עכ"ל הרי דאפילו כדשכיח כתב הריטב"א ז"ל דהוי אונס ומגם שכתבתי לעיל דכמ"ש אונס חולי דשכיח לאו דוקא והדבר מוכרח מפ"ק דכתו' דאמרו שם כלישנא בתרא יש אונס ושאני הלה דעלים קאי בדיני ממונות ומקשה הש"ס מההיא דפסקים מברא ואמר שמואל לא שמה מתייא ומשני אונסא דמיגלייא שאני משמע בהדיא דהלא לא הוי מיגלייא ולא דמי נפסקים מברא והדברים ברורים מ"מ מת"ש האונס עכבת הנהר דשכיח וכו' נראה דס"ל דאפילו בדשכיח מיקרי וכונתו בדרך לא זו אף זו דאפילו אונס חולי דשכיח ור"ל שכיח ולא שכיח ואונס עכבת הנהר דשכיח יותר הוי אונס ונראה דמשו"ם לא ערבינהו וכתב ואפילו אונס חולי ועכבת הנהר דשכיחי וכו' דלפי האמת נ"ד להדדי ובאמת דאי סברי הריטב"א והנ"י כסברת הראשונים הו"ל לפרש כמ"ש הרא"ש ור"ם שגדל הנהר כהפשרת השלגים דהוי שכיח ולא שכיח אלא ודאי נ"ל שדעתם כס' מהרש"ך כנ"ל:

והאמנם לא אכחד הגם שאין הדבר נריך לעניינו כי אני רואה בענין הפסקת הנהר דברים מעורבבין בדברי הראשונים כי כתי' הרשב"א לנדרים כתב והוא דלא אנים כלו' אפילו אונס דשכיח ולא שכיח כחולי וכמו שהפסיקו נהר שאינו עשוי להפסיק אלא לעתים רחוקות דלא מסיק אדעתיה בשעת תנאו ולא איבעי ליה לאתנויי ע"כ וכתשו' ח"ג סי' רי"ב שהיא היא תשו' דמ"א דסי' תשע"א כ' וז"ל ואל תשיבני שסי"ל להקנות מעיקרא שהם תסרב הבא שיהא פטור וכו' דלא היא דל"א אלא באונסא דשכיח כהפסקת נהר העשוי לכא ולהפסיק את העוברים תדיר אבל אונסא דשול"ש כמיתה וחולי לית ליה לאתנויי עכ"ל ולכאו' דבריו סותרים זא"ז כי בתי' קרי ליה שול"ש ובתשו' קרי ליה שכיח ונראה ברור דהרשב"א ז"ל ראה במתני' דקתני הלא או שהפסיקו נהר הרי אלו נדרי אונסין ומדקרי ליה אונס מוכרח דהוי שול"ש ועוד דתני ליה בהדי חלם ובש"ס דנדרים ובכתו' דפריך מההוא דפסקיה מברא ושאני עלה אונסא דמיגלייא שאני מוכיח דסבר הש"ס דפסיקת נהר הוי שכיח ולהכי מוכרח לומר דתרי גווני הפסקת נהר איכא חדא היכא דעשוי לכא ולהפסיק את העוברים תדיר דזה שכיח טובא ואחד היכא שאינו עשוי להפסק אלא לעתים רחוקות והדברים פשוטים:

ודע דבענין נהרא איכא כמי לפעמים דמקרי לא שכיח כלל כההיא דפ' מי שאחזו החוא נברא דזבין ארעא לחבריה קביל עליה כל אונסא דמקיולד לסוף אפיקו בה נהרא וכו' אגלגל מלתא ומטא לקמיה דרבא אמר אונסא דל"ש הוא ע"כ גם ההוא דזבין שומשמא אגודא דנהרא לסוף אסתכר נהרא וכו' אתו לקמיה דרבא א"ל קאקי חוורי מעלחי גליתי דאוכשי אונסא דל"ש הוא ע"כ וגמלא דנ' מיני אונס איכא בנהרא דפסקים מברא העשוי לפסוק הוי שכיחא ושאינו עשוי לפסוק כ"א לעתים רחוקות הוי שול"ש והסתכר נהרא הוי ל"ש כלל ומעתה כל מה שתמצא בדברי הראשונים דלפעמים קרו לפסקים נהרא שכיחא ולפעמים קרו לא שול"ש ולפעמים קרו ל"ש כלל אין בדבריהם סתירה וכל אחד לפי עניינו כאשר ביארנו ועיין בתשו' הרשב"ש סי' שנ"ט כד"ה יש אונס שאינו בא מתחתו וכו' שאסף ג' האונסים יחד יע"ש ואחר פשוטה שאין דין כולם

כולם שוה הלא שבלשתם ענין אחר להם שאינן כאין מחמתו הלא' שהדבר בא מעצמו אבל לרונא זה מיקרי שכיח וזה שול"ש והם לא שכיח כלל ועיין נ"כ בתשו' הרשב"ש סי' ס"ד ותמלא שהדברים מבוארים כמ"ש כפי' דברי הרשב"א ע"ש :

ומעתה אפוכה לי לנ"ר כי הנה על אונס הא' שבמשך זמן מ' יום עשפש ולא מלא זכות ככר כתבנו דאת"ל דהוי אונס מ"מ הוי אונסא דשכיחא וכל אונסא דשכיח אפילו בממון אמרינן הו"ל לאתנויי והנם שכתבנו למעלה דדעת הריטב"א והנ"י הם כס' מהרש"ך בח"ב סי' מ"ה דס"ל דאפי' באונסא דשכיח הוי אונס ולא אמרי בש"ס דהו"ל לאתנויי אלא אמאי דס"ד דיש אונס בגיטין אבל למסקנא דאין אונס בגיטין דשמואל דאמר לאו שמם מחייא משום דאין אונס בגיטין וכן ראיתי כעת להרשב"ץ ז"ל בח"א סי' נ"ב שנסתפק בזה אי למסקנא אמרינן אפילו כדשכיחא הוי אונס אם לאו יע"ש דלא פשיטא ליה והיה מקום לומר כיון דיש לספקפק בדבר וגם איכא מאן דסבר הכי היכא דאיכא שבועה אמרינן ס"ס להחמיר מ"מ לע"ד כיון דחזינן לרוב הראשו' והם הרשב"א והרא"ש בפסקיו והר"ן בפי' ההלכות והתו' וכל האחרונים נמשכו אחר דבריהם עיין מהרשד"ם ח"מ סי' ל"נ מהרי"א סי' פ"א מהרא"ש סי' ס"א הש"ך ביו"ד סי' רל"ב ובח"מ סי' כ"ה מהר"ש לרור סי' כ"ה מהר"ם שיק סי' להם הנו שומעים וכ"ש שאפשר לרחוק וליישב דברי הריטב"א והנ"י הגם דפשט דבריהם מורים כמ"ש מ"מ הא קי"ל דאפושי פלוגתא לא מפשינן עד שאני תמיה על הרשב"ץ ז"ל שהוא תופש כל חדרי בטן הראשונים ז"ל היך לא העלה על דל שפתיו הראשונים ז"ל באונס דשכיח פשיטא להו דגם בממון לא הוי אונס דאמרינן הו"ל לאתנויי וצ"ע · וככר כתבנו למעלה דהיכא דרוב הפוס' מתירין ל"א בזה ס"ס להחמיר וק"ל ועיין נ"כ בתשו' מהרי"ט בח"א סי' ה' במי שאסר ע"ע בשר ויין אם לא יפרע לבע"ח ושוב מטה ידו דפסק הרב דאסור מחמת נדרו דעניות שכיחא והו"ל לאתנויי וכן העלה הרב מהרא"ש דוראן שבתשב"ץ סי' מ"ג יע"ש :

אלא שלא אוכל להתעלם ממה שראיתי שם במהרי"ט שכתב וז"ל ועוד מהא דכתב הר"ן ז"ל על הא דהקשו בגמ' להא דקאמר ר"ה דהמתפיס שטרותיו לב"ד ואמר אי לא אתינא מכאן עד תלתין יומין שיאבד זכותו ואירעו אונס דאיבד זכותו ממתני' דהלא שוא וכו' ופירש הר"ן ז"ל דר"ה ס"ל דהתם כיון שזה בא לחייב עלמו הו"ל לפרש כל אונסא דמתייליד וכיון שלא פירש איבד זכותו והא כמי כיולא בו הוא כיון שהוא עכשיו מתחייב לב"ח בפני ב"ד הי"ל לפרש עכ"ל · ולא הבנתי כונתו איך הוא מביא ראיה מהר"ן שהוא מפרש אליבא דר"ה דלא קי"ל כוותיה אלא כרבא ולדידיה הוי אנוס ופטור ולא אמרינן הו"ל לפרש וזען שרב ועלום הוא דקדקתי לפרש דבריו · ונפ"ל לפרש דבריו שבא לומר דלא תימא דשמעון המדיר לראו' דאם לא יפרענו יהא אסור בבשר ויין הו"ל לפרש דאפילו יארע לו דוחק עניות דשכיח יהיה נאסר בפי נדרו וע"ז הביא ראיה מדברי הר"ן ז"ל שפירש בדברי ר"ה דמי שבא לחייב עלמו הוא הו"ל לפרושי

ה"נ זה שבא לחייב עלמו בפני ערוס הוא · יש לו לפרש וענין זה אינו תלוי בפלוגתא דר"ה ורבא · והרואה יראה שמהר"ש דוראן הביא ראיה זו מדברי הר"ן כמ"ש וק"ל ועיין בתשו' מהר"ב אשכנזי סי' נ"ה שדעתו כדעת מהרי"ט ומהר"ש דוראן דלא כהש"ך ביו"ד סי' רל"ב שקב"ב שהביא דברי מהרמ"ב דפליג וכתב דפשוט ועיין בתשו' הרדב"ז סי' תס"ב שנראה דעתו כמהרי"ט ורעימיה ע"ש · שוב ראיתי בתשו' הרשב"א בא' סי' תשי"ב שכתב וז"ל ואם אין ללוה שום דבר לפרוע או לעשות ממנו שומא לבע"ח לא קרקע ולא מטלטלין ואפילו כסות אנוס הוא ואנוס רחמנא פטריה עכ"ל · ויש לעמוד בדבריו מההיא דסי' תשע"ה וח"ג סי' רי"ה שכתב דבאונס דשכיח הו"ל לאתנויי יע"ש ומוכרח לו' דס"ל דעניות הוי שכיח ולא שכיח והגם כי בירוש' אמרו ועניות לאו נולד הוא בתמיהה ומשני אמר ר"פ עניות שכיחא ע"כ י"ל דשכיח ולא שכיח ולאו נולד וק"ל :

ומ"מ נראה דתשו' זו של הרשב"א כשמטה מכנ רבני האחרונים שדברו בזה ושמא שיש לחלק מנדון הרבנים ז"ל לנדון הרשב"א דהתם איכא למימר כיון דנדרו כאיסור בשר ויין אפשר שגם זה קיבל ע"ע ואם יעבור ליאסר אבל בנדון הרשב"א שהוא נידוי פשיטא שלא עלה ע"ד שיהא בנידוי ודוחק דמ"מ הו"ל להזכיר תשו' זו ולייסבם באיזה חילוק עם כי אין ספק אצלי כי אף רבנן דמחייבי בנדר זה שנדר בבשר ויין מ"מ מודו בקיבל עליו נידוי וטעמא כי הגם דעניות שכיחא והו"ל לאתנויי מ"מ לא יבלר מחיותו הונם דאין בידו לקיים תנאו ואנוס רחמנא פטרים ואפילו מקטלא וה"ה מנידוי דהוי עונש וע"ז פטרו הרשב"א ז"ל משא"כ בנדר בשר ויין דהוי נדר ממש אין האונס עוקר הנדר הבא לחול כיון שהאונס הוא שכיחא הו"ל לאתנויי וכל זה מדוקדק בדברי מהרי"ט שכתב במ"א דע"כ כי פטריה רחמנא מעונש שעדה וכו' אבל בנדר ע"ת ונאנס ועבר על תנאו חל הנדר שפיר וכו' ע"ש :

ובחפשי ראיתי לחמ"א בה' שבו' פי"ב שהביא תשו' מהרי"ט וכתב על מ"ש עוד מהרי"ט שם והיכרא דבס"פ שבועות שתים אמר רבא שבו' שלא אוכל ככר זו וכו' והשתא לפי שיטם זו כל שנאנס בשעת תנאו פטור וכו' וכתב עלוו המח"א ולא הבנתי דבריו כיון שככר כתב בתחילת דבריו דאונס דמטם ידו הוי אונסא דשכיח אמרינן דאונסא נ"כ התנה וכו' ולע"ד לק"מ דתיקשי ליה לרודיה באכל את הראשונה בשוגג מי לא עסקינן בשוכת והא סברא היא דאשכחם מלוה והו"ל לאתנויי ואפי"ה לס' רש"י ותו' כיון דהים אונס דשכחם פטור מה"כ דהאף אמנם אונס דשכיח איבעי ליה לאתנויי והו"ל לפרש ואיהו דאפסיד אנפשיה שם אונס כרקאי קאי ולשיטה זו פטור אם עבר על התנאי מחמת אונס אפילו דשכיח וק"ל · גם ראיתי בתשו' המח"א שם בתחי' דבריו שכתב דלכאורה נראה דבאונס דשכיח אמרינן הו"ל לאתנויי אבל עדין איכא למימר דשמעתין אליבא דרבא וכו' אבל לרב הונא דאינו מדמה נדרים לממונות וכמ"ש הר"ן דר"ה לא חש לפורכיא וכו' והשתא דאתינא לקבי איכא למימר

מה שפי' הרא"ש דמתני' מיירי במפשרת שלנים הליכה דרבה הוא דצריך לפרשה אבל הליכה דר"ז מתני' בכל גוונא מיירי עכ"ל · ואין דברים אלו מוכנים דמאי נ"מ מכל זה כיון דאנן קי"ל כרבא ודלא כר"ה ולרבה אמר"י אונס דשכיח אמרינן הו"ל לאיתנויי וא"כ מוכח של הרב לאו אליבא דהלכתא היא ודבריו צ"ע ·.ובחפשי ראיתי שכבר הושב בזה מהחק"ל ביו"ד סי' פ'ז ד"ן יע"ש :

אכן לענין מה שטען דכאנס מחמת חולי של ני' רפאל נ"ע הנה מכל מה שנתבאר לעיל נראה ברור דחולי מיקרי אונס שול"ש ולא אמרינן הו"ל לאתנויי דלא כמו שנראה מדברי הקו' דנדרים לכאורה · האמנם מה שיש לחקור הוא כי לא קני במתני' כ"א חלה הוא או חלה בנו ולא יותר ובנס שבחפשי באמתחות הפוס' ראיתי בתשו' הרב יכין ובעז בח"א סי' ח'ן שהביא קלת מן הגדולים שכ' דלאו דוקא בנו מ"מ לא מלאנו כי אם לשארו הקרוב אליו לאמו ולאביו ולבנו ולבתו ולאחיו ולאחותו אבל לאיש זר ואפילו דורו לא מלאנו שיקרא אונס בחליו והכי דלא לוסיף עלם וכ"כ הריטב"א בחי' בין אונס בגופו בין חולי בניו ובני ביתו המוטלים עליו ע"כ ומשמע דוקא המוטלים עליו משא"כ דורו שאינו מוטל עליו. אך הא ניחא אם אונס החולי הוא שהומר שעמד לשמשו דהא ודאי פשיטא לע"ד דלא מיקרי אונס וכמ"ש :

האמנם מה שטוען דעיקר הברורים הם אלל מ"ר ני' רפאל כי הוא העיקר בענין הא ודאי נראה דהוי אונס גמור כי מי ירע כמוהו בהוכן אלו הענייניס אך יש לכאורה לחקור בענין אימתי היה חולי של ני' רפאל אם תכף בתחילת המ' יום שהגיע הקובע לרמשק הא ודאי פשיטא דהוי אונס אך אם עמד שם ימים מספר ובסוף המ' יום חלה את חליו ני' רפאל בנז' מקום יש בראש לומר דבל בה"ג לא הוי אונס כיון דעברו ימים ולא חיפ"ש על זכותו איה לן למימר אע"ג דלבסוף חלה קוי תחילתו בפשיעה וסופו באונס · והנה ראיתי להרב מהר"ש לאור בסי' ב"ם בנ"ר שלוי ולא ערב לשמעון בעד ראובן על השט"ח שיש לו עליו לזמן מה בתנאי שאם ילך ראובן ויברר חשבונו של לוי שיש לו אלל יהודה והלך ר' במקום יהודה וישב שם שני חדשים ואח"כ אירע לו אונס שלא בירר לו חשבונו ועכשיו תובע שמעון מלוי השט"ח שילא עליו ערב והוא משיב שראובן לא קיים תנאו ושמעון משיב דאנוס הוא והשיב הרב דמה שטוען לוי דראובן הרי ישב שם שני חדשים והיה יכול לקיים תנאו אין ממש בדבריו ויפה משיב לו שמעון מאחר שלא קבע לו זמן לקיים תנאו הרי הדבר תלוי ברלונו כ"ז שירלה לקיים יקיים וכו' ואפילו ביום אחרון שירלה לשוב בדרך פעמיו היה יכול לברר חשבונו עכ"ר · ומינה אנו למדים לנ"ד שאעפ"י שישב שם זמן מה והיה יכול לברר כנון שעדין לא הגיע הזמן הרי הדבר תלוי ברלונו עד סוף המ' יום ואפילו ביום אחרון וכיון דבסוף המ' יום נאנס חשיב אונס :

מיהו עין רואה בב"י ח"מ סי' ר"ו נתו' ח' שכ' משם ספר האגודה עמ"ש בראשונה היה נעמון וכו' מכאן נראה שאדם שנדר לעשות דבר בתוך נ' יום או זמן אחר ולא נאנס תוך הזמן והיה יכול לעשות ביומא דמשלם זמניה ונאנס לא הוי אונס מדקולינן קלל לתקן דהא. הבא נאנס ביום אחרון עכ"ל ומרן הב"י, לא הביא ע"ז שום חולק ונראה ודאי דס"ה בנ"ר לא מקרי אונס אבן הרואה יראה דמור"ם ז"ל בי"ד סי' רל"ב סי"ב הביא פלו' בזה דו"א דהוי אונס וי"א לא הוי אונס והי"א הא' הוא הב"י פ' בילר הרגל בשם הרמ"ה ועיין בט"ז שם סקי"ט שהקשה אדברי אגודה דהוא י"א בתרא והסכים לס' הב"י יע"ש גם בא"ח סי' ק"ז ס"ח כ' מרן מי שלא התפלל בעוד שיש לו זמן להתפלל מפני שסבור שעדין ישאר לו זמן אחר שינמור אותו העסק שהוא מתעסק ובין כך ובין כך עברס לו השעה וכן מי שהיה וכו' וכן מי שהוא וכו' כולם חשובים אנוסים ע"כ והמ"א שם סקי"א כתב דבי"ד כתב מור"ם פלוגתא ונ"ל לגבי שבועה חשש לחומרא אבל סט"ז שהכריע כמ"ש כאן וכן משמע בח"מ בסי' כ"א מלשון הרמב"ם והב"י וראיה האגודה אינה ראיה ע"ש ולע"ד יש לדקדק אדברי מג"א במ"ש דלגבי שבועה חשש לחומרא דאם איתא גם בדין זה היה לנו לחוש דס' ברכות להקל כדקי"ל בכל דוכתא ס' ברכות להקל ומשום חומרא דלא חשא וגם כאן היה לנו לחוש דלא מיקרי אונס ואין לו תשלומין דלס' זו הוי ברכות לבטלה וק"ל :

ואיך שיהיה נראה דעת מר"ן דבכה"ג הוי אונס דלא כאגודה גם הרואה יראה שבח"מ סס"י ע"ג הביא דברי הב"י שם וז"ל מי שנתחייב לחבירו בשבועה שיתן לו מעות ליום פ' ונזכר עוד היום גדול ואמר בלבו עדין יש לי פנאי והלך לעסקיו ושכח עד שעבר היום ה"ז כאנוס עכ"ל ולא הביא שום חולק וכתב שם שבכה"ג אוא ז'ן. וז"ל אבל בסי' ר"ז הביא משם האגודה היפך זה · ונראה לחלק דלגבי שבועה הוי אונס כיון דאפ"ה לא מיפטר מחיובו אבל להפטר מחיובו כנרון ס' האגודה לא הוי אנוס עכ"ל · גם לע"ר מהראיה שהביא שמ"א מח"מ סי' כ'ח היא ראיה נכונה דלא כהאגודה שכ' וז"ל ואם הביא ראיה שהיה אנוס באותו יום ה"ז פטור ע"כ והעתיק מרן לשון זה בש"ע יע"ש ומעתה אני תמיה על המח"א בסי' הנו' שכתב וכ"ז שכתבתי אינו אלא בלוה שקבע זמן מה לפרוע עד זמן פ' והלוה הזה לא השיגה ידו לפורעו לו בתוך הזמן ולא בזמנו שקבע לו אבל אם קורם שהגיע הזמן היו לו נכסים כדי לפורעו ואח"ך בבא הזמן אין לו נראה דבה"ג לא חשיב אנוס מכיון דהו"מ לפורעו מקודם כשהיו לו וכן כתב בעל האגודה הביא דבריו הב"י בסי' ר"ו עכ"ל ותימה היך סתם הדברים כאילו הם הלכה פסוקה ואין ספק דאישתמטיתיה כל מ"ש ולא עוד לשון הרמב"ם בדין מקפים זכיותיו שכל תשו' הרב מיירי בענין זה לא הזכירו כלל וצ"ע · וראיתי להרב כ"ר בי"ד סי' ק'ט שהביא דברי האגודה ודברי הב"י שהבאתי וכתב שיש לומר דל"פ דהאגודה מיירי כשלא היה לו טירדא של עסק וכיוצא דלא היה ראוי לו שיאחר אלא היה ראוי לו שיקדים כל מה שיכול כיון שלא הי"ל שום סיבה מונעת והב"י מיירי כשהיה לו טירדא של עסק וכיוצא וכו' ואעפ"י שמור"ם ז"ל בסי' רל"ב קסם הו"ס חילקים האגודה והב"י נ"נ נראה דלא שבקינן ס' הב"י והרמ"ה מפני

האגודה

האגודה וכן מסיק הט"ז עכ"ל הנך רואה דדעת הכ"ר לדחות סברת האגודה מפני כ"ז :

האמנם כל היד המרבה לבדוק תראה שיש מקום להביא ראיה לסברת האגודה ממ"ש הרמב"ם בפ"ב דחגיגה דין ה' מי שהיה חגר וכו' וכן אם נטמא בליל יו"ט הא' אעפ"י שטהר למחר פטור אבל אם נטמא ביום א' ש"ז חייב ע"כ . וכתב מרן אבל אם נטמא ביום א' חייב כיון דכשהאיר י"ט הא' היה חייב עכ"ל . ומינה דן הרב מהר"ח עטאל הביאו הכ"ר ז"ל סי' מ"ב מה"ת כמי שמת לו מת בח' שעות ביום ועדיין לא התפלל מנחה ושוב נעשה אונן דחייב בתשלומין כיון שחל עליו חיוב שעה א' ע"ש וכן מצאתי תשו' שלימה למהרח"א ז"ל והיא לו נדפסה בסוף תשו' בעי חיי ח"מ ח"א על חברת ג"ח שלא נסתפרו בערב החג עד אחר חצות ואח"ך נתעסקו לחצוב קבר עד שערב אם מותרין לגלח בחוה"מ וכתב בתשו' דיש לאסור שהרי יכולים היו להסתפר מאז הבקר בלי שום אונס ואף דלא אסיק אדעתייהו שיארע להם מת אפ"ה כיון שהיה להם שהות בלתי שום אונס לא שרינן להו וכו' והתיכא לה ממ"ש הרמב"ם בפ"ב דחגיגה וכו' והרי התם נמי הו"ל זמן כל היום ולא אסיק אדעתיה שיארע לו טומאה המעכבתו ואפ"ה לא חשיב ליה אונס וחייב א"כ דכוותה וכו' ע"ש ומינה יש לדון שכל שלא נאנס קודם דתשלם זמניה אפי' שאנוס אח"ך בעידן משלם זמניה לא מיקרי אנוס ומלבד דיש להרגיש על הכ"ד שכתב' ק"ט הכריע דלא כהאגודה וכא"ח סי' מ"ב הביא ראיה זו משם מהר"ח עטאל ולא הרגיש דאזלא היא בס' האגודה אלא שגם על הרמב"ם ז"ל קשה דבדין מתפיס זכוותיה כתב ואם הביא ראיה שהיה אנוס באותו יום פטור משמע דומיא דקודמים אף דאינו אנוס לא מעלה ולא מוריד ולכאורה הוי הפך ממאי דמשמע בהלכות חגיגה האמנם נראה לחלק דשאני בה' חגיגה דאותו יום עצמו הוא שנתחייב וחל עליה מאז הבקר והכין הוא כ"ד דהכ"ר ומהרח"א ז"ל דאותו יום חל עליה החיוב ומש"ה אף שבסוף היום אירע לו אונס לא מפטר אבל מי שקבל עליו לעשות דבר מה לזמן ל' יום אין עליו קודם אותו יום לעשות דבר מה אבל אה"נ אם באותו יום שנשלם הזמן לא היה אנוס בתחלת הזמן ובסופו נאנס לא מיקרי אונס דמן הבקר חל עליו החיוב והי"ל לעשותו כנ"ל נכון :

והנה אמת כי צעיר אנכי לא אוכל דבר ואפי' חצי דבר נגד הפוס' וכ"ש כדברי הראשו' ז"ל מ"מ רואה אני ש' זו דהאגודה היא סברא זרה ח"ו דאיך יתכן כמי שצריך לו בע"ח זמן לשלשים יום ואירעו אונס ביום ל' קודם חצות שבועה דנאמר דלא מיקרי אונס כיון שהיה יכול לפורעו מקודם לכן והא ודאי אין סברא כלל דהרי קי"ל חזקה אין אדם פורע תוך זמנו והלואי שיפרע בזמנו וניחא לי במה שראיתי להרב בני חיי בסי' ע"ג שכתב לחלק בין האגודה והב"י ז"ל דבנדון הב"י השבועה היתה ליום נועד אבל בנדון ס' האגודה נדר לתת בתוך ל' יום שכל יומא ויומא זימניה הוא שעיקר השבועה לתת הירא'ד

במשך הל' יום ולהכי כשנתאחר ולא נתן עד סוף הל' יום ובאותו יום אירע לו אונס לא מפטר ע"ש והוי דומה ממש להאי דהרמב"ם דה' חגיגה דכל אותם הל' יום כיום א' דמי לפורע פרעית שו"ר להרב עדות ביעקב בתשו' סי' ז' שהרבה להשיב ע"ד ס' האגודה בענין זה ועפ"י דברי הבני חיי יש ליישב קצת הסוגייאות שהביא ככ"ל ואכמ"ל :

מעתה אומר אני דלפי מה שנתבאר אף אם יבורר הדבר דעמד נו' רפאל הנז' כמה ימים על בוריו בעוד התו' שם עמו ובסוף חלה עכ"ז מיקרי אנוס וא"כ הדרן לקמייתא דאעפ"י שנתעכב התובע ולא בא בסוף המ' יום כיון דאנוס היה מוכיח דהנתבע כדקאי קאי . אבל אנן כדידן קחזינן לה סברא מנ"א לפטור הנתבע אף אם יהיה אונס התובע אונס גמור וברור מבלתי שום ספק והוא דאם נבין ונדון הא עובדא דכ"ר ל"ל להאי עובדא דאתפיס זכוותיה דאמרי' עלה דאי אתנים לא בטלן זכוותיה דשאני התם דמסר שטרי זכיותיו לב"ד ואמר אי לא אתינא עד ל' יומין ליבטלו והיינו שמוחל לחבירו עליהם או מודה שהשטרות הללו מזוייפין הם כמו שפירשו הראשונים וכ"ז הוא קנסא דקא קניס אנפשיה אם לא יבא באותו זמן שקבע ומש"ה אם איתנים ולא אתא הא ודאי אמרינן אדעתא דאונסא לא קניס נפשיה וחזר הדבר לכמות שהיה וצדקתו עומדת לעד אבל עובדא דכ"ר לא"א הוי דאם באתה לומר דמן הדין אינו חייב לבא הנתבע תכף כשאלת אחריו הרב ראשון לציון נר"ו וכ"ד הי"ו ואתה בא לחייבו עכשיו מכח שבועתו והוא כבר הטיל תנאי שאם לא יבא התובע עד מ' יום הרי הוא פטור וצריכין אנו לומר דמחמת אונסו הרי הוא כאלו בא וקיים תנאו וחייב הנתבע הא ודאי ליתא דאנוס רחמנא פטריה אמרינן אבל אנוס למיזכי ולחיוביה לחבריה לא אמרינן וחילוק זה כבר נראה בעליל לרבים מהפוס' ראשונה מ"ש הר"ן ז"ל בקדושין פר' האומר דף קרמ"ז עמ"ש בירושלמי דהאומר לאשה מקדש אני לך ע"מ דאייתי ואכנוס ביום פ' ואם לאו לא ליהוי לי עלך כלום ואיתנס ולא אתא ר"י אמר אונסא כמאן דלא עבד ר"ל דבטלי הקידושין ור"ל אמר אונסא כמאן דעבד וקידושיו קידושין וכתב הר"ן דהלכתא כר"י וכתב דטעמא דר"י דל"ד קידושין לגירושין דהתם אין הדבר תלוי אלא בו ואינו נוטה לגרש אלא אם יעבור על התנאי ברצון אבל באונס לא אבל הכא שאין האשה נתקדשת אלא לדעתה הרי אינה מסכמת בקידושין אא"כ יקיים תנאו אבל כל שלא נתקיים ואפי' שנאנס אינה מתרצית בקידושין עכ"ד שעולה מדבריו דכל היכא שמחייב את חבירו ע"י קיום תנאו אינו מתחייב אלא בקיומו ממש אבל אם לא קיימו אפילו אם היה ע"י אונס אין חבירו חייב וכן אתה מוצא למהר"ש אלשיך ז"ל בתשו' סי' ל' שהביא דברי הר"ן ז"ל בפי' כל הגט ודקדק מדבריו כמ"ש דל"א הכי אלא למפטר גרמיה מחמת אונסים ממאי דמקבל עליו אבל למזכי ע"י האונס כמאי דלא הוה ליה ביה זכיה לא אמרינן ועוד הביא ראיה מדברי הרמב"ם פי"א דמכירה ע"ש וכתב

וכתב דזה מנהגו. טעם נכון למה שנהגו חכמי ספרד לתקן בענין קנס השידוכין שכל א' יתחייב לחבירו מנה בשטר גמור ואם יקיים השידוכין יהא השט"ח מחול מעכשיו דלמה לי כולי האי הא יש מקום לחייב עצמו בתורת קנס אם יחזור בו ומעכשיו. ובשבו' ודי בזה לביטול האסמכתא אלא שהטעם בעיקר בזה דאם יעשו דרך חיוב אם יארע איזה אונס יפקע החיוב דאדעתא דאונסא לא נתחייב אבל כשעושין שט"ח גמור ואם יתקיים הדבר הרי הוא מחול אף אם אירעו איזה אונס לא יהיה מחול דאנוס למזכי לא אמרי' וכן הביא טעם זה בהגה. המש"ל פי"א דמכירה די"ח משם מהר"א רוזאניס ז"ל שכ"כ משם מהר"ש הלוי יע"ש. גם מהריק"ש בערך לאם בא"ס סי' ל"ח הביא האי סברא דהר"ן משם תשו' מהרלב"ח סי' ק"ך יע"ש. ושגם שמהר"ש אלשיך לא הביא דברי הר"ן דפ' האומר שהם ראיה גמורה לדבריו מ"מ דבר ה' בפיהו אמת. גם הש"ך בסי' כ"א סק"ג הביא דברי הר"ן ז"ל וכתב דמי שחייב עצמו נגד חבירו בדבר שלא היה חייב על מנת שיעשה חבירו איזה ענין ליום פ' ואירעו אונס אין המתחייב חייב בשביל אונסו של זה דאנוס רחמנא פטריה אמרינן אנוס רחמנא חייביה לא אמרינן ומה לו בזה שאירע לחבירו אונס הרי לא קבל ע"מ חיוב זה אלא על תנאי זה וכיון שלא קיים חבירו התנאי אף שהוא מחמת אונס למה יתחייב הוא וכו' עכ"ל. גם מהרימ"ט ז"ל בח"א סי' קל"ה דכ"ד שיש בכרון מהרמ"א ז"ל ודן בוותיה ומטעמיה דאנוס לחיוביה לא אמרינן ולא הוצרך ראיה ע"ז יע"ש. גם מרן הב"י בא"ה"ע ריש סי' ל"ז הביא תשו' הרשב"א בענין קידושין דלא הוי אונס ומדברי הר"ן הנז' וכן בתשו' למרן בדיני קידושין סי' ג' יע"ש ועיין למהר"ש חקאן הלוי בתשו' מרן ז"ל ועיין למהרלב"ח סי' ק"ך שנראה שדבריו סובבים לדברי מהר"ש הלוי. וסוף דבר ע"ש שסמך לדברי הר"ן ז"ל וכן אחה מוצא למהר"ש אלשקאר בתשו' ס"ס ל"ב שהביא דברי הר"ן בזה וסמך עליהם יע"ש וכתב שכן דעת בעל העיטור. גם אחרוני זמנינו הרב בית יהודה בח"מ סי' י"ר כ"כ בפשיטות גם הרב שמש צדקה סי' כ"ג והרב זרע אמת ח"ר סי' ק' הביאו דברי הרב שפתי כהן דסי' כ"א ובפשיטות לדינא יע"ש ועיין משאת משה ז"ל ח"מ ח"ב סי' י"ח ובתשו' נחפה בכסף ח"מ ח"א סי' כ"ט ע"ש:

האמנם עכ"ז נראה דעדיין לא נצלנו מריב לשונות הרואה וראה שהיא דהר"ן לאו מלתא פסיקתא שהרי הרשב"א ז"ל חלוק עליו והוא בחי' פ' מי שאחזו שהביא דברי הירושלמי באותו פרק ופסק שם כר"ל דאונסא כמאן דעבד יע"ש וגם שעין רואה למהר"ש הלוי בתשו' מרן ז"ל בדיני קידושין סי' ג' האריך לדחות דברי הר"ן מכח דברי הירוש' דגיטין. ועם שמהרלב"ח ז"ל בסי' ק"ך האריך ליישב דברי הר"ן עם הירושלמי עכ"ז הרואה יראה שבסוף התשו' חזר בו מהדרך הא' שהוא טעות וגם בדרך הב' לא נחה דעתו כ"כ יע"ש ובתפשי ראיתי להרב גדול סדור האחרון בחק"ל ח"מ סי' ל"ז האריך הרחיב בזה. וסוף כתב דמידי ספקא לא נפיק יע"ש. אכן ראיתי לו שם בסוף התשו' שכתב ואין להביא ראיה דגם לזכות מהני טענת אונס הפך דברי מהר"ש אלשיך ודעימיה מהסוגיא דאתפיס זכוותיה ואתניס ואמר דהא אנוס הוא ורחמנא פטריה וקי"ל כרבא ומבואר בפירש"י והר"ן וכו' שזה קי"ל שטר זכות לגבות מחבירו ואמר אי לא אתינא יהא מחול החוב והזכות לחבירו וכי איתניס מהני ליה האונס ואין מחילתו מחילה הרי דגם לקייב את שכנגדו מהני טענת האונס יע"ש ואחרי כע"ר איני רואה שום ראיה ודמיא דאתפיס זכוותים מיקרי בה לזכות דלא אמרה אלא בבא לזכות דבר חדש אשר לא היה בידו לעולמים. ע"מ שיעשה דבר פ' שנאנס ולא עשאו בזה אמרו דאינו זוכה ע"י האונס משא"כ בשהוא דנתפיס זכוותים שיש לו חוב עליו ושתנה דאי לא אתא יהא מחול ולסוף איתניס שא ודאי כיון דבאונס לא קיים תנאו אין מחילתו מחילה וזכותים בדקאי קאי * שוב דקדקתי בדבריו ונראה שלכאורה רצה לרמות מחילת שט"ח דכ"ד דמהר"ש אלשיך למתי' שהוא דאתפיס זכוותים ושוב חילק ביניהם וחילוקו הוא אמת ויציב וקי"ל. ע"כ כמלה. שנלע"ד כתבתי הלעיר

חיים מרדכי

לבטון

ס"ט

סי' ל"א

נשאלתי על ראובן שקנה סחורה משמעון וחייב עצמו לפרוע דמים לשמעון במשך חמשים יום באופן שביום כלות הנ' יום לא ישאר לו אפילו פ"ק וע"ד זה נשבע ראובן בש"ת וחייב עצמו שאם יעבור יתן קנס סך מה. ובכל אותם הימים היה שמעון תובעו וראובן היה דוחהו מיום אל יום ולפני יום או יומים לתשלום הנ' יום קירע לראובן אונס גדול שנשבש בבית האסורים ע"י איזה סיבה ולמאי דכיני ביני עברו הנ' יום הנז' ולא פרע מאומה. ובעת שמעון תובע חובו וגם הקנס אשר הושת עליו אם יעבור ור' משיב דעל עיקר החוב הנה הוא מוזמן דבידו לפרוע אך מן הקנס הוא פטור שהרי ביומא דמשלם זמנים וקודם יום או יומים כאנס כידוע ושמעון משיב מה לי ולך היה לך לפרוע לי קודם יען שהיה לאל ידך לפרוע לי וכמה פעמים תבעתיך והיית דוחה אותי מיום אל יום וראובן משיב כי חשבתי שבסוף הימים אפרע לך חובך משלם יען שאני"ת יש לי סחורות ושט"ח אצל סוחרים חזקים ונאמנים ולא עלה ע"ד שיארע לי אונס בזה בתשלום הזמן שאם יש מן הדין לפרוע הקנס אם לאו. ושכמ"ש:

תשובה לכאורה נראה דדבר זה בכר נפסק כנדולים כאשר ורהא הרואה בתשו' הרשב"א הובאה בית יוסף בח"מ סי' ע"ג מחו' י"ה

ו"א. וז"ל כתב הריב"ש בסי' ח"ם בשם תשו' הרשב"א שמי שהיה חייב לפרוע לחבירו ונשבע לזמן פ' ובמלום היה חייב לאחר מנה ואדוני הארץ התפיס ביד אותו לוה מנה זה עד שיפרע המלוה לזה שחייב לו דאנוס הוא שאינו רשאי לעבור על מצות האדון עכ"ל ואף דבאמת יד הדוחה נטויה לדחות דל"ד כלל דהתם שאני שקבע לו זמן ואין מן הדין שהלוה יפרע חובו תוך זמנו דהלואי שיפרע בזמנו וחזקה שיש כמודע ולכן אף אם מצות האדון לא היתה כי אם בתשלום בזמן מ"מ מיקרי אונס שבאותו יום שחלה עליו השבועה חל עליו האונס של האדון ולא יוכל לקיים שבועתו משא"כ בנ"ד דבכל שעתא ושעתא זמניה הוא והי"ל לפרוע קודם כאשר השיג שמעון וכל כה"ג לא הוי מיקרי אונס להפטר משבועתו :

האמנם גם ע"ז תמלא הדבר מבואר בנ"י שהביאו מרן בב"י שם בסוף הסי' וז"ל כתב הנ"י בפ"ב דב"ק מי שנתחייב לחבירו בשבועה שיתן לו מעות יום פ' ונזכר עוד היום גדול ואמר הלכו עדיין יש לי פנאי והלך לעסקיו ושכח עד שעבר היום הרי זה כאנוס עכ"ל הרי לך דדעת הנ"י דאפי' שכל אותו יום חיובא רמיא עליה לפרוע וכל שעתא ושעתא זמניה ואפ"ה דן הרב הנ"י דאם נאנס בסוף היום מיקרי אונס ולא אמרינן הו"ל לפרוע בבקר ובעוד היום גדול קודם שיאנס והא ודאי לדעת הנ"י אפילו בשכח הוי כאנוס וכ"ש וק"ו אם נאנס בסוף היום אונס גמור דפטור משבועתו והנה הגם דמרן בש"ע לא הביא דין זה דהנ"י מ"מ שם בב"י הביאו בסתם ולא הביא שום חולק ומשמע ודאי דהכי קיימינן ולא עוד אלא דוגמא לדין זה פסק מרן ז"ל בש"ע בא"ח סי' ק"ח ס"ח וז"ל מי שלא התפלל בעוד היום גדול שיש לו זמן להתפלל מפני שסבור שעדיין ישאר לו זמן אחר שיגמור אותו העסק שהוא מתעסק בו ובין כך וכך עברה לו השעה וכן מי שהיה טרוד בצורך ממונו וכו' כולם חשובים אנוסי' עכ"ל הרי דגם בחל עליו החיוב אם הוא מתעסק וסבור שעדיין יש לו זמן ולבסוף נאנס מיקרי אונס וה"נ בנ"ד הוי דכוותא ומיקרי אנוס ופטור מהשבו' ומן הקנס :

האמנם המעיין יראה דאכתי כל כה"ג צריכא רבה דהא מלתא דהנ"י לאו מלתא פסיקתא היא שהרי בב"י ח"מ סי' ר"ז מחו' ה' כתב וז"ל מ"כ בשם ספר אגודה בראשונה היה נטמן ביום אחרון של י"ב חודש כדי שיהא חלוט לו התקין הלל וכו' מכאן נראה שאדם שנדר לעשות דבר בתוך ל' יום או זמן אחר ולא נאנס תוך הזמן והיה יכול לעשות וביומא דמשלם זמניה נאנס לא מיקרי אונס מדאצטריך הלל לתיקון דהא הכא נאנס ביום אחרון עכ"ל : וגם שם לא הביא מרן ז"ל שום חולק ע"ז ולכאורה הא ודאי דפליגי הנ"י והאגודה דלמר בה"ג הוי אונס ולמר לא הוי אונס והרואה יראה בב"י א"ח סי' ק"ח דמקור דין זה שפסק מרן שם כנז' והוא מהנ"י בשם הרמ"ה ז"ל ודין זה שבא"ח והדין שבח"מ מקור א' להם כמו שיע"ש עוד הראה שמור"ש ז"ל בי"ד סי' רל"ב הביא דעת האגודה והנ"י הנז' בלשון פלוגתא וז"ל שם סי"ב מי שנשבע או נדר לעשות דבר תוך שנה או ביום פ' יש לו לעשותו ושכח או נאנס אח"ך ולא עשאו י"א דמיקרי אונס וי"א דלא מיקרי אונס עכ"ל והנה הט"ז שם סקי"ט הביא דברי האגודה במה שהביא ראיה והם דאותו וכו' דע"כ נראה כדברי היש א' שהוא דעת הנ"י בשם הרמ"ה ויש לו ראיה ברורה מן הש"ס והוא מסתבר וכו' יע"ש וראיתי להמג"א ז"ל בא"ח שם סקי"א שכתב וז"ל עבי"ד סי' רל"ב דכתב מחלוקת בזה ונ"ל דגבי שבועה חשש לחומרא הכל הט"ז שם הכריע כמ"ש כאן ונ"ע בח"מ סי' כ"א מל' הרמב"ם והרב"י וכו' ע"כ והנה כונת הרב מ"א בקיצורו שבא לתרץ בעד רמ"א שלא שנה כלום מדברי מרן דאתו אליבא דהנ"י והו"ל להביא ס' האגודה כמ"ש בי"ד וכפרט שהביא ס' האגודה באחרונה ונראה דהכי ס"ל ולזה תירץ ונ"ל דגבי שבועה חשש לחומרא . ולדידי אחרי בקשת ק"ל דאם איתא גם הכא בדין זה דהוי ספק ברכות הו"ל דאין לו תשלומין משום חומרא דלא חשש דהט"ז דקי"ל ס' ברכות להקל דאית ביה חומרא דל"ת דהא ודאי למ"ד דלא הוי אונס הוי ברכות לבטלה ונ"ע . גם מ"ש וכ"מ בח"מ סי' כ"א מל' הרמב"ם והרב"י כונתו מבוארת להביא ראיה ממ"ש הרמב"ם בפ"ז מה' סנהדרין ופסקו מרן שם וז"ל מי שקנו מידו שאם לא יבא ביום פ' וישבע יהיה חבירו נאמן בטענותיו וכו' או שאם לא יבא ביום פ' וישבע ויטול איבד זכותו וכו' ועבר היום ולא בא נתקיימו התנאים ואיבד זכותו וכו' ואם הביא ראיה שהיה אנוס באותו היום הרי זה פטור עכ"ל גם הטור כתב לשון הרמב"ם ומדבריו שהיה אנוס באותו יום הרי זה פטור נראה פשוט וברור שאפי' קודם אותו יום ידוע לנו בבירור שלא היה אנוס והיה יכול לבא כיון שביום אחרון נאנס הוי אונס ופטור ודלא כהאגודה ולדידי הא נמי לא מכרעא דשאני התם דעשו זמן מוגבל שיבא באותו יום ולא רמי חיובא עליה להקדים כלל מש"ה עיקר חיובו תלוי באותו יום וכיון שהביא ראיה שהיה אנוס באותו יום הרי זה פטור והא"כ שאם היה מקום קרוב הרבה שהיה יכול לבא בבקר או עד חצות ונתעכב ולא בא ושוב נאנס והוא הוא דינו דהאגודה אפשר דגם הרמב"ם והטור ומרן יודו והדברים ברורים לע"ד :

ואנכי הרואה דיש להביא ראיה לדעת הר"ש כמו"ל בס' האגודה והוא ממ"ש בפ"ב מה' חגיגה דין ז' וז"ל מי שהיה חגר או סומא ביום א' וכו' וכן אם נטמא בלילי יו"ט הא' אע"פ שטהר למחר פטור אבל אם נטמא ביום א' ה"ז חייב להביא חגיגתו וראייתו בתוך ימי הרגל כשיטהר עכ"ל וכתב עליו בכ"מ וז"ל אבל אם נטמא ביום א' חייב כיון דכשהאיר היום היה חייב עכ"ל . הרי מבואר דעתו ז"ל דכל כשהאיר היום חל עליו החיוב הגם דנאנס אח"ך דנטמא לא הוי אונס וחייב ומדין זה דן הרב מהר"ח עטאל ז"ל הבי"ד בכ"ר א"ח סי' מ"ב במי שמת לו מת בט' שעות ביום והוא לא התפלל מנחה ונטפל בקבורתו עד הערב דחייב בתשלומין כיון שבא זמן דחל עליו החיוב לא מהני מה שנאנס אח"ך וחייב בתשלומין

וראייתו

וראייתו מדין זה שכתב ה הרמב"ם יע"ש. גם הרב מהרח"א ז"ל בתשו' והיא ל"ו נדפסה בסוף תשו' בעי חיי ח"מ ח"א שנשאל על עדת החברים שבערב החג לא גילחו עד חצות ושוב מת לשם מת בעיר ונתעסקו בו עד עת ערב ולא היה לשם פנאי לגלח אם מגלחין בחוה"מ אם לאו וכתב בתשו' דכיון דהיה להם שהות לגלח בבקר עד חצות הגם שנאנסו אח"ך לא הוי אונס והביא ראיה מדברי הרמב"ם אלו דהו"ל זמן כל היום ולא אסיק אדעתיה שיארע לו טומאה המעכבתו אפי"ה לא חשיב אונס וחייב ה"ב כב"ד דכוותא יע"ש. ואמנם כמי כב"ד נילף דכוותה עד שאני תמיה על הב"י ז"ל איך לא שלטו מאורי עיניו בדברי הרמב"ם ז"ל גם על מרן ז"ל יש לתמוה דפסק הביא דסי' ק"ח באופן שנראה דח"ו נעלמו דברי הרמב"ם ז"ל אלו מהב"י ומרן ומור"ס וסע"ז:

ואולם ראיתי להרב בני חיי בח"מ סי' ע"ג שרצה להשוות דעת ב"י עם האגודה וכתב דאפשר לחלק דהב"י מיירי שנשבע שיתן לו מעות ליום פ' וא"כ הרי שהשבועה לא היתה אלא ליום נועד דוקא ביום פ' וא"כ אע"ג שאם נתן קודם נפטר משבועתו מ"מ השבועה לא היתה אלא באותו יום ע"כ ואני עני תמהני איך עלה ע"ד לפרש כן דברי הב"י שבפירושא אתמר בלשונו שהביא מרן דעל אותו שחלה השבועה קאי שנזכר ולבסוף שכח ודן דהוי אונס הפך האגודה ול"ע:

ובחפשי ראיתי תשובה שלמה להרב עדות ביעקב סי' ז' האריך הרחיב לדחות ס' האגודה הלזו וכשאני לעצמי כמעט שעברתי על כל דבריו ולא מצאתי שום ראיה לדחות ס' הלזו ותחילה הביא מ"ש בפ"ק דכתובות הגיע זמן ולא נישאו אוכלות משלו אכל הגיע זמן בא' בשבת מתוך שאינו יכול לכנוס אינו מעלה לה מזונות לפיכך חלה הוא וכו' אינו מעלה לה מזונות ואם איתא לס' האגודה למה אם הגיע זמן בא' בשבת אינו מעלה לה מזונות הרי י"ל שבזמן תיקנו ח' אינו אלא שלא לאחר אבל מלאי להקדים יום או יומים וכתב דאין לחלק בין זמן שנתנו חכמים לזמן שקובע אדם על עצמו דהא ודאי הא והא חדא היא. עוד הביא מההיא דכתובות דאמר רבה אין אונס בגיטין ומקשו עלה בש"ס מהא דאמרינן ה"ז גיטך אם לא באתי וכו' דאמרינן חלה ה"ז גט ועוד מההיא דפסקיה מברא ואמר שמואל דלא שמה מתיה יע"ש ואם איתא לס' האגודה מאי קושיא דכין חלה וכין פסקיה מברא לא הוי אונס כיון שהיה יכול לבא קודם האונס. עוד הקשה מהיא גופא שאמרו שם באמר אי לא אתינא עד ל' יומין להוי גיטא ההא בסוף תלתין יומין ופסקיה מברא ואמר שמואל דלא שמה מתיה ומשמע ודאי דאין זה אלא בגיטין משום דאין אונס בגיטין אבל גבי ממון בה"ג הוי אונס ולס' זו בה"ג לא הוי אונס שהרי היה יכול לבא קודם יעש"ב. ואחרי בער"ק אין בכל זה כדאי לדחות ס' זו והנראה שכל דבריו סובבים על קוטב א' שהבין בס' הלזו דכל שבידו לעשות קודם האונס הגם דאכתי לא

חלה עליו השבועה או התנאי הגם דנאנס אח"ך לא מיקרי אונס ובאמת דהא ליתא דלא אמרה אלא שיכא שכבר חלה עליו השבועה וכל שעתא ושעתא זמניה הוא ובידו לעשות משו"ה אף שנאנס לבסוף לא הוי אונס משא"כ ההיא דכתובות דקבעו חכמים זמן י"ב חדש וכן ההיא דלא אתינא עד ל' יומין כיון שכבר קבע זמן מה לו להקדים כיון שלא חל עליו עדיין שום חיוב ובה"ג הא ודאי אם נאנס בסוף הוי אונס לכ"ע והדברים עתיקים:

ובזאת ובזאת אני תמיה על הרב הגדול בס' מחנה אפרים בה' שבועות סי' י"ב שכתב על מי שנשבע לחבירו שאם לא יפרענו לזמן פ' שיתן לו כו"כ קנס ואירע לו באותו יום שלא יוכל לבא משום דחלה בנו והאריך הרחיב וכתב בסוף התשו' וכ"ז שכתבתי אינו אלא בלוה שקבע זמן לפרוע עד זמן פ' והלוה הזה לא השיגה ידו לפורעו לא בתוך הזמן ולא בזמנו שקבע אבל אם קודם שהגיע הזמן היו לו נכסים כדי לפורעו ואח"ך בבא הזמן שקבע לו אין לו נראה דבכה"ג לא חשיב אונס מכיון דהוה מצי לפרוע מקודם כשהיו לו מעות וכ"כ בעל האגודה עכ"ל ודבריו נפלאו ממני דהא ודאי בה"ג שקבע לו זמן לפרוע לא אמרה אדם מעולם לא האגודה ולא שום פוסק ונם שאין סברא זו מתקבלת כלל דהגם דבאמת יש לאיש הזה נכסים וממון לפרוע למה לו לפרוע קודם זמנו הלא טוב היה לו שיהיו מעות מזומנים בידו אולי יזדמן לו איזה סחורה וירויח בה למאי דבעי בעי וכה ודאי כי אירעו אונס אח"ך ולא יוכל לפרוע בזמנו מאי הוי הא ודאי אונס הוא ולא כתב ס' האגודה כן הלא בהיות הענין שכבר הוא חייב לפרוע וכל שעתא זמניה הוא וכמו שמבואר. עוד תימה שסגר עליהם המדבר ולא ראה דברי הב"י דפליג ע"ז ולא דברי מור"ס בסי' רל"ב ולא דברי מרן בא"ח ונ"ע:

עוד אני תמיה על הרב מחנה אפרים ז"ל שהביא מלשון תשו' הרשב"א שהביא סמוך ונראה לזה משמע ודאי שלא כדבריו שכתב דכל היכא דלית ליה לפרוע ביום שקבע עמו הרי זה פטור וכו' דאנוס הוא ומשמע דהגם דהו"ל מקודם כיון שביום שקבע לית ליה פטור דהוי אונס והנם דבאמת שבתשו' הרשב"א עצמה אין הלשון כן מ"מ האמת יורה דרכו דכן הוא דעת הרשב"א דאם איתא הו"ל לפרש דאם במשך הזמן שקבע לו הי"ל נכסים וממון לא מיקרי אונס וחייב אלא ודאי דליתא ופשוט:

האמנם זאת מלאנו להרשב"א ז"ל בח"א סי' תש"ע שנשאל על ראובן שלוה משמעון וקבע לו זמן בר"ח ניסן ובאחד בשבת וכתב בתשו' שכל הנשבע לפרוע לזמן פ' אין שבועה שיפרע באותו יום דוקא ולא קודם לו וכו' ואין השבועה אלא כדי שלא יאחר וכו' וכיון שכן אע"ג אם נשבע שיפרענו מהיום ועד זמן פ' שיש לו לפרוע קודם לכן אלא שלא יאחר בלבד ומעתה כיון שנמלא הותו זמן בא בשבת וא"א לו לפרוע בשבת ויפרע במ"ש שאין זה אונס הפוטרו שהוא

מביא

מביא אותו לידי אונס עכ"ל וכ"כ הרא"ש בתשו' כלל ח' סי' י"ד ופסקה מרן בח"מ סי' ע"ג ולכאורה יש מקום להביא ראיה מתשו' הרשב"א והרא"ש אלו דאף בקובע לו זמן אין האונס פוטרו אם אירע בסוף הזמן דהא יש לו להקדים ועבור על כל אחד דוקא אבל באמת מגן שוית דשאני בכ"ד דהרשב"א והרא"ש דניכר דאתי אונס ממילא דסרי למחר שבת ואי אפשר לפרוע לו והוי כמי שהביא אונס על עצמו ואין זה הענין דומה למי שמתסלך בתומו והוא לא ידע כי יבא עליו איזה אונס הא ודאי שאינו מחויב להקדים שמא יבא עליו אונס והרב עדות ביעקב סי' הנז' הביא תשו' הרא"ש הלז ומינה רן דדעתו כס' האגודה ואחרי שמחילם מהוד קדשו נ"מ כלל ואף החולקים בדין האגודה מודו בזה וק"ל

וראיתי להרב מהר"ש גרור שבס' החשב"ן סי' כ"ה שנשאל על לוי שילא ערב לשמעון בעד ר' על שטע"ח שיש לו עליו לזמן בתנאי שאם ילך ראובן ויברר חשבונו של לוי שיש לו אצל יהודה והלך ראובן במקום יהודה וישב שם שני חדשים ואח"ך אירע לו אונס שלא בירר לו חשבונו ועכשיו תובע שמעון מלוי השטע"ח והוא משיב שראובן לא קיים תנאו ושמעון משיב דאנוס הוא וכתב הרב דמה שטוען לוי ואומר והרי ישב שם ב' חדשים והיה יכול לקיים תנאו אין בדבריו ממש ויפה משיב לו שמעון מאחר שלא קבע לו זמן לקיים תנאו הרי הדבר תלוי ברצונו כל זמן שירצה לקיים וקיים וכו' ואפילו ביום אחרון שירצה לשום לדרך פעמיו היה יכול לברר חשבונו עכ"ד ומלבד מה שיש לעמוד על דבריו דחייב ללוי תכת אונס שאירע לראובן ולא קיים תנאו דנראה דנעלם ממנו מ"ש הר"ן ז"ל פ' האומר בקדושין דאונס בה"ג לא הוי אונס דאנוס למזכי ולחיובי לחבריו ל"א וכ"כ בתשו' מוהר"ש אלשיך סי' ל' ומהרלב"ח סי' ק"ד ובש"ך ח"מ סי' כ"א יע"ש ובכבר עמדתי ע"ז במ"א ע"ע ׃ גם על סדבר הזה שסתם הדברים הרב ואתו כדרך הפשוטה דאפילו הי"ל זמן לקיים תנאו ולא קיים אם סוף כל סוף כהכא הוי אונס יש לתמוה איך סתם הדברים ולא הרגיש דבזה איכא פלוגתא דרבוותא דלדעת האגודה ודעימיה בה"ג לא הוי אונס וכפרט דלכאורה בתב הרב ללוי לאפוקי מתוגא ול"ע ׃

ובחפשי הנה ראיתי לרבי' האיי גאון ז"ל בס' המקח שמדבריו מוכח דאזיל בשי' ס' האגודה והוא ממ"ש שם בשער י"ז בענין זבין נכסי אדעתא למיסק לא"י וז"ל וכזה הדרך שפי' כגון שלא שהה עד שאירע שם אונס כגון שאמר בשעת מכירה עד כו"כ אני מוכר ואחר שמכר שהוא בעצמו וכו' עד שאירע אונס כדבר שוב אינו יכול לחזור מאחר שאילו רצה לעשות מיד היה מוציאו מההוא גברא דזבין נכסי אדעתא למיסק לא"י וכו' מאי בינייהו א"כ דאיקייליד ליה אונסא באורחא וכו' אדעתא דלכ"ע דאמר אי בעי סליק קודם דאתייליד אונסא באורחא הא לא מצי הדר והלכה כל"ב יע"ש עכ"ד מוכח מדבריו דהייני דאיכא בינייהו בין ל"ק לל"ב דלל"ק אף שנתרשל ולא עלה ושוב כאנס מ"מ הוי אונס ולל"ב לא הוי אונס כיון שהיה יכול לעלות

קודם האונס והכי קי"ל וכס' האגודה ׃ אכן עין רואה ברי"ו בנ"י ח"א והובאו דבריו בב"י שכתב וז"ל ולפי' רבינו האיי אפי' שנולד אונס אח"כ לא אמרינן בבר היה יכול לעלות מיד אם היה רוצה אלא הדרי זביני ולזה ספו' לא ידענו כמה זמן נותן להולך האונס שיחזירו המקח עכ"ל והדברים הלו סותרים למ"ש בס' המקח כי דין זה דוקא ללישנא קמא אבל לל"ב דפסק כוותיה לא מצי הדר אם היה יכול לעלות מיד וכעת צ"ע ׃

גם את זה ראיתי להעיטור ז"ל באות מכירה שב' וז"ל שהות דזבין נכסי וכו' א"ר אמר רב אשי אי בעית סלקת מאי בינייהו דאתייליד אונסא באורחא ואי איתייליד באונסא באורחא ולא מצי סליק השתא קי"ל כא"ר אי בעית סלקא וכיון דהו"מ סליק לא הדרי זביניה נוסחא דהרי"ף ואי בעי לא הוה סליק בתמיהה עכ"ל ופירושו מבואר כפי' רבינו האיי גאון בס' המקח דלל"ב אי הוה מצי סליק קודם לכן ואח"ך איתייליד אונסא והשתא לא מצי סליק אמרי' ליה אי בעית סלקת ולמה איחרת עד כה ולהכי לא הדרי זביניה ומה שהביא נסחא דהרי"ף אינו חולק ע"ז אלא שכל פי' אחד וה"ק לא"ר אי בעי לא הוה סליק בתמיהה וא"כ מה לנו לאונס דאתייליד השתא וזה פשוט ׃ וראיתי שם להרב תיקון סופרים שכן הבין בפי' העיטור ושם הביא לשון תוס' רי"ד ז"ל ולהאי לישנא דאמר אי בעי לא הוה סליק בתמיהה כיון דהו"מ למיסק ולא סליק עד דאתייליד אונסא לא הדרי זביניה וכן פי' ר"ח זצוק"ל וכתב המורה לא כ"ל עכ"ל ׃ עוד הביא שם לשון ריטב"א ז"ל יש שפירשו דללישנא בתרא דאמר בתמיהה אי בעי לא סליק דוקא דמצי סליק השתא אבל אתייליד אונסא דלא מצי סליק השתא הדרי זביניה ומדברי הרי"ף נראה להפך דלל"ק היכא דאתייליד אונסא השתא אמרינן ליה אי בעי הוה סליק מקמיה וכן נראה יותר והלכה כלישנא בתרא עכ"ל הנה בעת זכינו לדעת גדולי הפוסקים ס"ה רבי' האיי גאון בס' המקח ור"ח ורי"ף ותוס' רי"ד והריטב"א והעיטור שכלם הסכימו להלכה דכל דהוה מצי עביד קודם שבא האונס אין האונס הבא אח"כ פוטרו ושיא שיטת ס' בעל האגודה ׃

והשתא דאתינא להכי אתינא דאחרי נע"ר דמרן ז"ל אילו היה רואה כ"ז לא הוה פסיק ותני בא"ח במי שנתרשל ולא התפלל ועברה השעה דהוי אונס ויש לו תשלומין והיא דעת הב"י דלפי מה שביארנו כל להקת הראשונים פליגי ע"ז וכ"ש דהוי ס' ברכות להקל ככ"ל ׃ שו"ר להרב ברס שלמה שהוא אביו של הרב המגיה הוא הר"מ בס' עדות ביעקב סי' הנז' שפסק כן לפי שי' הראשו' הנז' יע"ש ׃ המתנס יש ליישב פסק מרן ז"ל דלא מיירי אלא בשיש בידו איזה עסק וחשב שהן עוד היום ויש לו זמן להתפלל ולמאי דבינו בוני עבר הזמן דבה"ג מיקרי אונס אבל אם מתחילה נתרשל ונתעצל ואח"ך שכח מודה דפושע הוי ובכל מה שב' הראשונים הנז' בפירוש דהוי מצי סליק ולא סליק דהוי פושע ולא הדרי זביני אינו אלא בנתרשל ולא סליק אבל אם יש לו עסקים הגם דאינם אונסים לעכבו מ"מ מהני לבטל זביני אם שוב נולד לו אונס דאיקייליד אונסא באורחא וק"ל ׃ ושוב מצאתי

ראיה

ראיה לדברי מ"ש המ"א בסי' תקכ"ז ס"ז סק"ו לענין עירוב שכתב משם רש"ל דאם שכח מחמת עצלותו נקרא פושע והקשה עליו מההיא דסי' ק"ח ותי' וז"ל ונ"ל דשוכח מחמת עצלות שאני עכ"ל ור"ל דבהכי גם מרן מודה בכה"ג · והחם החזה דבהכי אפשר ליישב דהב"י והאגודה ל"פ דהב"י איירי בשיש לו אונס טרדא ולבסוף שכח ולהכי קרי ליה אונס והאגודה איירי בנתעצל ונתרשל ולהכי אף דשכח ונאנס אח"כ לא קרי ליה אונס ודוק :

והנה בהיותי בזה ראיתי להרב נתן שמואל ז"ל בביאורו על ח"מ הנקרא שעשוע התלמידים שכתב בסי' ר"ז ע"ד ס' האגודה וז"ל אבל ק"ל דהא הרשב"א ז"ל בתשו' סי' תשל"ג כתב מי שנשבע לתת ממון לחבירו לזמן ובשהגיע אותו הזמן הלך לו אותו שהיה לו לקבלם הרי זה פטור לגמרי עד שיבא מלוה ויטול את שלו ע"כ ומאחר דס"ל דבכל יום שיתן הוי כמקיים שבועתו כמ"ש סי' קס"ע אמאי הוי אונס וכו' עכ"ל · ובשאני לעצמי לא ידענא מאי קא ק"ל דהכבר נתבאר לעיל דמ"ש האגודה ודעימיה היינו דוקא בנדר או נשבע לעשות במשך זמן מה דמעתה חל עליו השבועה ויש לו לקיימה בכל שעתא ושעתא הנה כי כן בשהמתין עד סוף הזמן אף שאירע לו בסוף אונס לא מפטר דהו"ל להקדים ולהפטר מחיובו משא"כ בההיא דהרשב"א שקבע זמן לפרעון מי זה אמר שהיה לו לפרוע קודם זמנו וחזקה היא דאין אדם פורע חובו תוך זמנו ובכי הא אף האגודה מודה ונ"ע :

וראיתי להרב הנז' שתי' ליישב הא דהרשב"א והב"י נגד האגודה והוא דהרשב"א והב"י אין שם שום קנס אם לא יעמוד בשבועתו כ"א לגבי קונו אי מיקרי עובר או לאו אבל בההיא דהאגודה שנדר דבר מה אם יעבור ודמייא לבתי ערי חומה דיפסיד הבית אם לא יקיים תנאו והו"ל לאסוקי אדעתיה דשמא יאנס וכיון שהכניס עצמו בתוך ספק גמר ונתן אותו דבר אם לא יעשה עכ"ד וכתב שכן אי' הרב"א הביאו בדרוש משפט ע"ש · ולפי תי' זה עלה בידינו דבנ"ד דאיכא קנס גם הב"י מודה דחייב ולא מפטר מטעם אונס וק"ל · וממה שנתבאר אני תמיה על הרב מהר"ם גאלאנטי ז"ל בסי' פ"ט דנ"ד דאסר עליו בבשר ויין אם לא יפרע לחבירו בזמנו שקבע לו וכמדומה לי שתשו' זו היא סובבת על שאלה שנשאלה לרב בצלאל אשכנזי סי' נ"ח יע"ש השאלה והתשו' באורך וכתב מהרמ"ג בסוף התשו' ועמ"ש שידעת מפי מגידי אמת שהיה מביא כיס מלא דינרים והיה נותן למי שהיה רוצה אם בתוך הזמן אין בו עון אשר חטא שלא היה חייב ואם לאחר זמנו יחקור על הדבר אם יש לו אלקים יראה לו ויסדרו לו כמו שמסדרים לבע"ח וכו' עכ"ד וע"ז אני דן דנראה ברור מדבריו דאפי' אם יגידו מגידי אמת דלאחר זמנו היה מביא כיס מלא דינרים והיה נותן למי שהיה רוצה אפ"ה מותר בבשר ויין ואין עליו כי אם לסדר כדרך שמסדרין לבע"ח ואם אמת שדעת הרב כן הדבר תמוה דכיון דעבר הזמן ולא נתן והיה בידו לפרוע מה יושיענו זה שעכשיו אין לו ופשא ודאי בכה"ג לא הוי אונס לפוטרו מאיסר אשר אסר על נפשו ונ"ע :

עוד ראיתי לו להרב שע"ה שהקשו לו על תי' זה שתירץ דהיכא דאיכא קנס הו"ל לאסוקי אדעתיה ולהכי לא הוי אונס מההיא דח"מ סי' כ"א במתפיס זכוותיה ואמר אי לא אתינא עד תלתין יומין ליבטלו וכו' דהוי קנס ואפ"ה ק"ל דאם נאנס ביום אחרון הוי אונס והאריך בדבר ולבסוף כתב לכן נראה דהא דהאגודה איירי בדידעינן בודאי דהיה יכול לעשותו קודם אותו יום ולכן לא הוי אונס שב"כ והיה יכול לעשותו וכו' וההיא דסי' כ"א הוי בדלא ידעינן אם היה יכול לבא קודם ולא בא לא הוי אונס בהא דס' האגודה וכו' עכ"ד ועם כי אנכי בעניי בבר כתבתי למעלה דלע"ד שהיא דאתפיס זכוותיה אינה ענין לס' האגודה כלל דההיא דאתפיס זכוותיה כבר קבע זמן ואין לו להקדים לא יום ולא יומים משא"כ בההיא דהאגודה שכתב דהנשבע לעשות דבר ביום פ' יש לו לעשותו בשחרית ולא אמר דיש לו לעשותו קודם אותו יום אבל אם אמר בתוך זמן פ' יש לו להקדים כל מה שיכול ממשמעות הדברים שבכל שעתא ושעתא מיהא הוא ולע"ד המעט הוא שאפי' אם יבואו עדים שהיה יכול לבא ולא בא אפ"ה אם נאנס ביום אחרון סגי מ"מ הנה דעת הרב ז"ל נראה דבדבר הברור שיכול לעשותו תוך הזמן אם נאנס בסוף לא הוי אונס להפטר ומינה לנ"ד כיון שהיה יכול ומצוי תחת ידו בימי משך הזמן ולא שלם אין האונס שאירע בסוף הימים פוטרו מהקנס וק"ל :

עוד ראיתי להרב הנז' שם שכתב ומאן דאמר לקמן במוכר אדעתא למיסק לארעא דא"י דאם היה יכול לעלות ולא עלה אע"ג דאתייליד אח"כ אונסא לא הדרי זביני נראה דאית ליה כבעל האגודה ועיין במה שאכתוב שם וכו' והיא היא מ"ש לעיל משמן של ראשונים ז"ל ושם באותו ענין ראיתי לו שכתב הרב הנז' וז"ל ואולי יש לחלק בין היכא דאיכא זמן קצוב וקבע זמן להיכא דליכא זמן קצוב ולא קבע זמן ונ"ע עכ"ל ולכאורה אין מובן לדבריו אכן נראה כונתו דכיון דמצינו לראשונים ז"ל דקיימי בסברת בעל האגודה מוכרחים אנו ליישב אליבייהו ההיא דהרשב"א דסי' תשל"ג וההיא דאתפיס זכוותיה שכתבו הרמב"ם והטור דאפי' נאנס ביום אחרון סגי וע"ז כתב דאולי יש לחלק בין קבע זמן והיא מ"ש הרשב"א וההיא דאתפיס זכוותיה להיכא דלא קבע זמן והיא ס' האגודה וכמ"ש למעלה לחלק כן בדרך פשוטה והנה שהרב כ"כ בדרך אולי והניח הדבר בצ"ע לע"ד הדברים פשוטים ודוק :

גם אנכי הרואה דמטעמא אחרינא מקום יש בראש לחייבו בקנס והוא ממה שראיתי לס' כנה"ג בתשו' ח"מ סי' קי"ט שהאריך להקשות אדברי הראשונים ז"ל הרשב"א והרא"ש בתשובותיהם שפטרו לנשבע ואחר כך אירע אונס וכגון דאמרה אחות המשודכת שפטר הרא"ש ז"ל להמשודך גם במיאנה שבת שפטר הרשב"א בח"א סי' תשע"א ובח"ג סי' רי"א גם בקלקל המשודך מעשיו שפטר הרשב"א בתשו' גם בנשאר שפטר מהרי"ק ז"ל דקשה לכלהו מהא דקי"ל אין פותחין בנולד והאריך ליישב ותוכן כונתו דלא אמרינן אין פותחין בנולד אלא היכא דבדבר חלה עליו השבועה ובא להפטר ממנה מכח הנולד דאז אין פותחין אבל

אם

אם קודם שחלה השבועה נולד הספק כגון נ"ד דקודם כא זמן חיוב הנשואין המירה אחות המשודכת או קלקל מעשיו המשודך או נשטתית הכלה ככה"ג אינו בכלל אין פותחין בנולד שהרי נולד האונס קודם חלות השבועה יע"ש וכן אחה מולה לרבו מהריט"ט חי"ד סי' מ"ט בקולר דבריו שכיון לזה גם מהר"ן אשכנזי בתשו' סי' מ"ח כ"כ יע"ש :

ואנכי בעניי רואה שהנם שדבריהם אינן צריכין חיזוק מכל מקום את זה חזיתי ולספרם דחילוק זה נלמד מדברי הרא"ש ז"ל והוא עמ"ש התוס' ז"ל בנזיר די"ח ע"ב וז"ל בר"ה דברי הכל וכו' וה"ה מי דמי התם בשעת הנדר לא ידע האונס וכו' הכל הכא בשעת הנדר ידע האונס וכו' ומפרש ר"ח דמתני' במי מיירי באונס כא אחרי כן כגון שבשעת הנדר היה בריא וחזק ויכול לחיות בלא יין ולבסוף החלים או חולה היה עשיר ולא היה צריך ליטפל למתים ולבסוף העני עכ"ל . וגם בשיטה מקובלת כתוב בשם הרא"ש ז"ל תירוץ זה בשם ר"י וכתב עלה וז"ל שצריך להוסיף על דבריו דאכתי לא דמו לגמרי לנדרי אונסין דהתם אירע האונס קודם שחל הנדר הלכך יש לפרש דהכא מיירי כגון שאמר הריני נזיר לזמן ידוע שאז יתחיל נזירותו וקודם שנעת הזמן אירע לו האונס עכ"ל הרי בפירוש דדעת הרא"ש ז"ל דנדרי אונסין לא הוי אלא כאירע האונס קודם שחל הנדר וכחילוק דכני האחרונים ז"ל הנז' :

גם הרואה יראה כדברי הריטב"א והנ"י בתי' נדרים דכ"ז וז"ל מיהו דוקא כנודר או נשבע לעשות שאין חלות שבועתו עד שעת מעשה אבל בנודר או נשבע שלא לעשות הרי חלות שבועתו מעכשיו ואם בא לעבור על שבועתו צריך לעשות מעשה בידים עכ"ל הרי שמחלק הריטב"א בין אם חלות שבועתו מעכשיו דלא מהני לבין חלות שבועתו עד שעת מעשה והנה דלכאורה נראה דדעתו לחלק בין נשבע לעשות או שלא לעשות דזה עובר בקום ועשה וזה עובר בשוא"ת אין זה אמת אלא עיקר החילוק כיון בא האונס קודם חלות השבועה אם לאו וכ"מ לדיכה טובה היכא דחסר על עצמו בשר ויין אם לא יפרע לחברו לזמן פ' והירעו האונס קודם חלות הזמן דלפי מ"ש בכוונתם כיון דחל האונס קודם חלות הנדר והשבועה מותר לאכול בשר ולשתות יין ואפילו שהוא עובר בקום עשה ואתי דנקטו אי זה כין נשבע לעשות או שלא לעשות היינו משאי טעמא דזה דרכו לחול אחר כך וזה דרכו לחול תכף ובהכי איירינא דלא לחפושי פלוגתא בין הריטב"א והרא"ש ז"ל . נמלא דלפי מ"ש דעת הריטב"א והרא"ש והנ"י שהביא דברי הריטב"א בתי' כשטרת רבני האחרונים ז"ל שכתבנו ודון מינה בנ"ד כיון דנשבע לפרוע לחברו כמשך ל' יום הרי כח שבועתו חלה מעכשיו לתת לו ונמשך הדבר לסוף השנים יום ואם כן חלה השבועה קודם חלות האונס ובכה"ג לא פרינן מטעם נדרי אונסין וכמ"ש רבנים הנז' :

אכן כד דייקינן בה שורתא אשכחנא דהא בורכא היא שהרי עיקר מה שבאנו לדון עליו הוא שהנם שחייב עלמו כו בשבועה על שבועתו והרי לא חייב בו אלא כשעבר כלו הל' יום ולא נתן ואם כן בשבא האונס קודם יום או יומים הרי חל האונס קודם חלות השבועה שחייב מחמתם ליתן קנס והדברים פשוטים לע"ד

האמנם יש לי עוד טעם בעיקר הדאי' זה חייב בקנס ולא נפטר מחמת האונס והוא דנודע דראובן זה שאנו דנים עליו לא שהיה חבוש בבית האסורים על עסקי נפשות כי אם על עסקי ממון וכוראי אלו היה נותן מה שעליו או שהיה וכיולא היה יולא מבית האסורים תכף ומיד ועכ"כ היתה למלוה אותה קורפא לעלות בהפס דמים ובכה"ג נראה דלא יועיל ולא יכול האונס היה כל שהוא מחמת ממון ואמינא לה ממ"ש הריב"ש ז"ל בתשו' סי' שפ"ו על נ"ד ראובן שנשבע לבא ליכנס עם ארוסתו לזמן פ' ואם לא יבא יתחייב בקנס כו"כ ועיכבו השלטון שלא ילך לעירו כתב וז"ל ולענין טענת האונס שטוען כע"ר שהיה אנוס לפי שהשלטון עיכבו ואין יכול לעבור מאותו לפי שנוק בממון והיה ברור לך שאם ירלה שמוכר לבטל אונסו היה מבטלו בנקלה וכו' ונקחו כמויד יפה רנח וכו' ולא עוד אלא אפי' לא היה יכול לבטל אונסו אלא ע"י ממון הרבה שילטער בנתינתו כ"ל שחייב לתת ולא יעבור על מלת עכ"ל. ע"ש ודון מינה ומינה דבכה"ג כתי שהיה כים יכול לעלות ולירלות ע"י ממון שיתן ואפי' ע"י ממון הרבה חייב לתת ולא יעבור וכיון שלא נתן ועבר חייב בקנס :

אכן הרואה יראה שתשו' הריב"ש הלזו עמדו עליה רבים ועלומים וקשו כה מדברי הריב"ש עלמו בסי' ח"ם שפטר מחמת אונס ממון ומטעם אומדנא דארעתא דהכי לא נשבע הביא הסי' הרשב"א שכתב דאומדנא דמוכח בלא ע"ר כן נשבע שיפרע מאתים בעד מנה יע"ש וה"ז סותר מ"ש בסי' שפ"ו והכר הרב לח"ר בתשו' סי' ס"ט וקי"כ שנר עליהם המדבר דשקו תשו' אלו סתרן אהדדי ואין להם עמידה אחת בעולם אכן כתב שם הרב דתשו' דסי' ח"ם היא עיקר לדינא יע"ש גם מהרשד"ם כח"מ סי' נ"ט הביא שתי תשו' אלו וכתב ל"ע קלת לייטב דברים אלו עם הדברים שבתשובה הקודמת ואיך שיהיה נראה לדון כדברי הרשב"א אלא עכ"ל ולדידן נראה והדאי דל"ש אונס ממון מאונס נפשות ומטעמא דארעתא דהכי לא נשבע ומינה לנ"ד אבל בתשו' להרב פרמ"ה כח"מ סי' קי"ט שייטב דעת הריב"ש בב' תשו' אלו ולחלק ילא בין נותן ממון כפלים כההיא דסי' ח"ם שהביא תשו' הרשב"א דלא עלה ע"ד שיתן מאתים על מנה וכהכי אמרי' דודאי ארעתא דהכי לא נשבע אבל בפחות מזה העפ"י שילטער בנתינתו חייב ליתן ולא אמרי' ארעתא דהכי לא נשבע יע"ש ודון מינה לנ"ד דלריכים אנו לחקור שיעור ההולאה שהיה לריך להוליא עד שילא מבית האסורים אבל כאמת אחרי בע"ר אין דברים אלו שקולים על הדעת דא"כ נתת דבריך לשיעורין דלפעמים הוי הכפל שיעור קטן דלא חשיב כלל

בנל או שהוא אדם עשיר או שהוא שוע ואדרבא שיעור שילטער כנתינתו הוא אומר שוה בכל ומלבד זה בכ"ר דהריב"ש עלמו לא חקר הריב"ש אם הספסר כפל או לאו רק הביא תשו' הרשב"א דנ"ר שכי הוי ולדידיה הו"ל להריב"ש לחקור בכ"ר אם היה כפל אם לא דלפי דבריו עיקר הדין תלוי בזה ול"ע :

שוב בחפשי ראיתי להרב כהונת עולם סי' רל"ב דפ"ע שהביא דברי הפמ"א והאם דסתמא קאמר הריב"ש דאפי' יתן כל ממונו יע"ש אכן הרב ז"ל פנה לדרך אחרת דמ"ש הריב"ש בסי' ספ"ו דאונס ממון לא הוי אונס אלא בכנון כ"ר דחלה השבועה מיד כיון שלא נתן קלבה ויום נועד לביאתו וכה"ג דחל האונס אחר חלות השבועה דבכי לא מהני לבטל השבועה שכבר חלה משא"כ בהסיא דסי' ת"ס דקלב יום נועד דאכתי לא חל השבועה עד אותו יום וחל האונס קודם אז בכה"ג אפילו אונס ממון מהני וכן ראיתי בהגה שכיב תשו' מהר"ש הלוי ביו"ר סי' א' יע"ש גם מהרח"ש בתשו' סוכאם שם סי' כ' הבין כן בפשיטות ודחה דברי מהריב"ל שהשוה דעת המרדכי לדעת הריב"ש וכתב דיש לדייק כן מדברי הריב"ש בסי' ספ"ו ועו"ש :

ומעתה חוזר וניאו"ר הטעם שכתבנו למעלה דבכ"ר שחלה השבועה תכף ונמשך ומנה עד סוף חמשים יום אין האונס הבא בסוף הזמן פוטר אף שבנין הקנס לא חל אלא עד סוף הזמן כמש"ל מ"מ הא קחזינן לדעת הריב"ש דכ"ר בכ"ר ממש שחייב עלמו בקנס והקנס לא חל אלא בסוף הזמן שקבע ואפ"ה חייבו הריב"ש ז"ל ומטעמא דחלה השבועה קודם חלות האונס וכמו שפי' מהרח"ש וכדעת מהר"ש הלוי והרב כהונת עולם ז"ל ודוק הנלע"ד כתבתי כאם

הצעיר

חיים מרדכי

לבטון

ס"ט

אחר ימים שכתבתי כל הנז"ל חמות'י ראיתי אור חשו' להרשב"א והיא במיוחסות סי' רמ"ג ובנראה שהיא היא התשובה דח"א סי' תש"ע ועיין בסי' תשמ"א הא"מנס תשו' זו ארוכה מאד'ם וראיתי שיש לעמוד בה שנשאל כמי שנשבע לחברו לפורעו מכאן ועד זמן פ' ובא סוף זמנו בשבת מהו שיאמר שנשבע איני מחויב לפרוע קודם זמני ובזמני אנוס הייתי שאסור לפריע בשבת ומאותו זמן ואילך ממון יש לך בידי אבל שבועה אין כאן והשיב דהדבר פשוט שהוא מחויב לפורעו קודם השבת חדא שהוא לא חייב עלמו לפרוע בסוף אותו זמן ובשבא בשבת הוא הביא שאונס על עלמו וכו' ואפשר כמי שנשבע שיפרע עד זמן פ' ולא נזכר עד שבא בשבת ולא מלא מי שיתירנו משבועתו שהוא מחויב לפרוע בשבת לפי שהפרעון אינו אלא מדרבנן משום עובדא דחול ושבועה דאורייתא ומוטב שיעשה עוברין דחול ולא לחול לעבור על שבועתו בשבת ולספטר ואפשר שיש קלת ראיה וכו' ומ"מ אפשר לחוש בזה לשבות הלכה למעשה וכו' עכ"ל ואנכי העבד ק"ל ע"ד דנראה ברור מדבריו מתוך השאלה דבעת שנשבע לא ידע שביום השלום הזמן יהיה בשבת ונם לא נזכר עד שבא שבת וא"כ הוא בילד חייבו הרב ז"ל לפרוע בשבת הא ודאי אומדנא דמוכח הוא דאדעתא דהכי שיהיה עובר באיסור לא נשבע וכל כה"ג דאיכא אומדנא דמוכחא עובדא שבועה אין כאן והו"ל כנדרי שגגות שהרי הוא מוטעה בעיקר שבועתו או דהוי כנדרי אונסין וכ"כ בתשו' מהרא"ד"כ סי' פ"א בהשכיר עלמו ליו"ר שנים ונשבע דאית ביה איסורא דרבנן דאמרינן אדעתא דהכי לא נשבע ע"ש :

והנראה לי נכון ביישוב דבריו הוא דבשלמא אם היה כ"ר דקבע לו זמן לפרעון ביום פ' וטעה בחשבון שנמלא יום פ' שבת שפיר איכא לן למימר דאם לא נזכר עד שבא שבת אינו חייב לפורעו משום דהעיקרא שבועה בטעו' היתה וכדין ד' נדרים שהתירו חכמים אינו חייב לפרוע קודם זמנו ואדרבא חזקה דא"א פורע חובו תוך זמנו והרי ביום חיובו בא האונס וגם שהוא מוטעה האמנם כ"ר דהרשב"א איירי שנשבע לפורעו מכאן ועד יום פ' שחיובו חל מאותו יום לפרוע אלא שאינו עובר על שבועתו עד זמן פ' וכיון שבכל יום ויום בעמוד והחזור קאי הו"ל לפרוע קודם ואין האונס והשכחה פוטרתו וכמ' האגודה ושאר הפוס' שכתבנו לעיל דבל שנתרשל ולא פרע מקודם אין האונס שבא ביומא דמשלם זמניה פוטרו מהשבועה ומדוקדק חילוק זה מתוך לשונו של הרשב"א שכתב שהוא לא חייב עלמו לפרוע בסוף אותו זמן אלא עד אותו זמן ובשבא בשבת הוא מביא האונס על עלמו וכו' מבואר מדבריו דאילו חייב עלמו לפרוע בסוף אותו זמן היה האונס פוטרו ודוק :

ומבל זה אני תמיה על מה שראיתי בתשו' להרדב"ז ח"א סי' רפ"א שנשאל על מי שנשבע לחבירו לפורעו לזמן קלוב וחל להיות בשבת שהיא תשו' הרשב"א הלזו וכתב בסוף התשו' הלכך בכ"ר אפילו נשבע לו לפרוע לזמן כו"כ במצות כעין וחל להיות בשבת חלה שבועתו ואין זה נשבע לבטל את המלוה שהרי לא נשבע לפרוע בשבת אלא שטעה בחשבונו הלכך אם אפשר וכו' ואם אינו רולה ומנה לו מעותיו ויניחם בביתו או ברשותו מדעתו ולא יביאם דרך ר"ה דלא שהתירו אלא בכה"ג דאיסורו מדרבנן וכו' יע"ש וק"ל בזו טובא חדא דאיך סמך הרב ז"ל על תשו' הרשב"א הלזו הלכה למעשה שהרי הרשב"א אמרה כמסתפק שתחי' כתב ואפשר דאם לא נזכר וכו' ובסוף דבריו כתב ומ"מ אפשר לחוש ביה לשבות הלכה למעשה וכ"כ בסי' תשמ"א יע"ש הרי דלמעשה חש אפילו לשבות דרבנן ולא עוד אלא שהנה שהרשב"א בתשו' זו נסתפק היאך וראם בסי' רנ"ו בנשבע ופגעה השמועה פשיטא ליה דשו"ת עדיף דהעמידו חכמים דבריהם בשו"ת גם בסי'

ק"ע

ק"ע כתב דבטול מצוה דרבנן חיילא שבועה שאלו נשבע שיאכל שומנו של גיד או שישתה סתם יינם ולא שתה חייב וכו' אלא שאומרים לו שוא"ת כדרך שהעמידו דבריהם אפילו במקום כרת ע"כ ותו ק' שכבר הבאתי דהרשב"א לא איירי אלא במחייב עצמו מכאן ועד יום פ' ואירע סוף הזמן בשבת דכיון דהחיוב חל עליו מיום הראשון ולא פרע הרי הוא הביא אונס על עצמו משא"כ בנ"ד דהרדב"ז דאיירי בקובע זמן ואין שום חיוב עליו לפרוע מקודם והכי הא כ"כ לעיל דמודה הרשב"א והאומדנא דמוכח דאדעתא דהכי לא נשבע וגם שהוא מוטעה בעיקר השבועה . ותו קשה דהרואה יראה להרדב"ז ז"ל עצמו בסי' רע"ח וקל"ו השכים לסברת הריטב"א דאפילו באיסור דרבנן לא שרינן לעבור בקום עשה כדי לקיים שבועתו אלא אמרו' אדרבא יעבור על שבועתו בשוא"ת ולא יעבור אדרבנן בקום עשה ואיך הכא התיר הרב לעבור בקום עשה שיתן לו מעות ואולי דשאני ליה להרב בין איסור שבות לשאר איסורין דרבנן אלא שאין לשונו מוכח כן שכתב דלא התירו אלא בכה"ג דאיסורו מדרבנן . ותו קשה במ"ש חלה שבועתו ואין זה נשבע לבטל את המצות וכו' שטעה בחשבונו וכו' ונראה מדבריו דאם לא היה הענין בטעות אלא שיודע שהוא שבת ונשבע לפרוע דלא חל השבועה משום דנשבע לבטל את המצוה וקשה דהא איסור זה אינו אלא מדרבנן ובכל איסורין דרבנן אפילו נשבע במזיד לבטל את המצוה חלה השבועה וכמ"ש הרשב"א בתשו' בת"ה סי' תרי"ד וכ"כ הרא"ש ז"ל בתשו' כלל י"א סס"י ב' יע"ש תיהו לקו'. והרואה יראה שדבריו לקוחים מתשו' הרא"ש כלל ח' סי' י"ד שכתב שם וז"ל טוב אמרו שהנשבע בז' בניסן לתת מעות ולא השכון ואמרת שאעפ"י כן לא הפטר מן השבועה כיון שבשעה שנשבע לא ידע כי ז' בניסן יהיה בשבת דשבועתו בטלה דנשבע לבטל את המצות וכבר ראיתי להמח"א בס"ס סי' י"ז שכתב עליו וז"ל נראה מתוך דבריו דאנשבע לבטל איסור דרבנן לא חייל כשנתכוון לבטל ד"ס וצ"ע דבכלל י"א סי' ג' כתב דלעבור עבירה דרבנן יקיים שבועתו יע"ש עכ"ל ונראה לי לדחוק ולו' דס"ל להרא"ש ז"ל דאם היה יודע שז' בניסן הוא יום שבת ונשבע לפרוע אותו היום ולא שקדים יום אחד ולא איחר הרי אנו רואים שעיקר כונתו היא לבטל את המצוה במזיד שהרי ידע ואעפ"י כן לא הקדים ולא איחר ואם כן לא חלה השבו' על יום אחר דאזלינן בתר כונת הנשבע דאל"כ הו"ל להקדים או לאחר אבל השתא דלא ידע אין זה כנשבע לבטל את המצוה שכונתו לפרוע באותו יום אלא שהכונה בו שביום ז' בניסן יהיה פרוע וצריך לפרוע קודם יום השבת כדי שלא יעבור ומאי דמדמי לה הרא"ש להא דאמרו בירוש' אם נשבע שלא יאכל מצה בליל פסח וכו' הכונה בו דאם ידע דבז' בניסן יהיה שבת דמי לנשבע שלא יאכל מצה בליל פסח דעיקר שבועתו הויא לעבור עבירה אבל כנשבע סתם שלא יאכל מצה שבועתו קיימת וס"ל להרב דלאו משום כולל חיילא השבועה אלא משום דנשבע סתם ולא הזכיר ליל פסח משו"ה חיילא שבועתו וה"נ כיון שנשבע

סתם ולא ידע דבז' בניסן יהיה שבת חלה השבועה והוא כמ"ש התוס' בשבועות דכ"ד ע"א בד"ה אלא הא היכי משכחת לה שכתבו משם ריצב"א דאם הזכיר נבילה לא חיילא שבועה אבל אם לא הזכיר נבלה או פסח חיילא עליה השבועה וכתבו ולפ"ז משכחת לה אפילו בדברים שאסורים כשאומר סתם שאוכל יע"ש וה"נ דכוותא בלא ידע דז' בניסן הוא בשבת הוי כלא הזכיר וחלה השבועה כנ"ל ליישב דברי הרא"ש וממילא יכול גם הרדב"ז שתפס דברי הרא"ש הכא קו' הא' עדיין צ"ע :

וראיתי למהר"א ששון ז"ל בתשו' סי' קל"ו שעמד על תשו' הרא"ש הלזו ובכלל דבריו דברי יע"ש אכן המח"א הביא דברי מהרא"ש בתשו' הנז' וז"ל ומהרא"ש הקשה על דברי הרא"ש דאפילו כי ידע דז' בניסן יהיה בשבת אמאי לא חיילא השבועה בכולל ולק"מ חדא דבק"ע לא חייל אפילו בכולל ע"כ ותימא איך חשדו להרב שנעלם ממנו דין זה והלא כבר הוא ז"ל כתב כן סמוך ונראה משם ר"י ועדין לקושית הרב קיימת ודברי מהרא"ש פשוטים דהבין בדעת הרא"ש דסבר כתי' ריצב"א שהביאו התוס' וכבר כתבו דלפי דבריו משכחת הן אפילו בדברים האסורים כשאומר סתם שאוכל וע"ז הקשה דא"כ אפילו כי ידע שהוא שבת כיון שלא הזכיר בפי' שבת חיילא בכולל וע"ז תירץ דאם ידע שהוא שבת נ"א שכונתו לפרוע קודם השבת אלא לעבור עבירה שהרי ידע שהוא שבת ונשבע והוא כמו שביארנו בסמוך . א"כ רמ"ש מהרא"ש אמאי לא חיילא שבועה בכולל אין כונתו כזה לומר דתהא חיילא בכולל ולפרוע בשבת אלא דכונתו לומר דגם כיודע שהוא שבת תהא חיילא אקודם שבת דמה נשתנה בין אם ידע בין אם לא ידע וע"ז תירץ דביודע שהוא שבת פשיטא דאין כונתו להתחייב לפרוע קודם השבת . ומ"ש עוד המח"א על דברי מהרא"ש וז"ל ועוד דזה לא נשבע לפורעו אלא בז' בניסן ואינו חייב לפורעו אלא שאם פרעו מקודם יצא ידי שבועתו ולזה כ' הרא"ש דאם ידע כשנשבע דז' בניסן יהיה בשבת א"כ זה נשבע לפורעו בשבת ולא חיילא השבועה ואעפ"י שאינו אלא איסור דרבנן מ"מ כיון שאינו בידו לעשות כמלה זה כשנשבע ע"ד שאין בידו לעשות לקיימו עכ"ל ואיני מבין דבריו דאם כונתו לומר דאם ידע דז' בניסן הוי שבת ונשבע לא חיילא השבועה על קודם השבת דהא גילה בדעתו שרוצה לפורעו בשבת א"כ הוא הוא תי' של מהרא"ש ואם כונתו דעל שבת עצמו לא חלה לא ידעתי אמאי דהא איסורא דרבנן הוא ואמאי מיקרי אין בידו לעשותו ואי משום דחכמים העמידו דבריהם ולא מהימנן ליה לעבור בקו"ע אין זה מיקרי נשבע ע"ד שאין בידו לעשותו והעיקרא דברי מהרא"ש ברורים דכונתו לומר דמ"ש בלא ידע שהוא שבת שהוא חייב לפרוע מקודם וביודע שהוא שבת אינו חייב לפרוע מקודם וקרינן ליה נשבע לבטל את המצוה וע"ז תי' שפיר וק"ל :

וראיתי להמש"ל ז"ל בפ"ה מה"ש דין ח"י שכ' ממ"ש הרא"ש בתשו' וז כיון שבשעה שנשבע לא ידע כי ז' בניסן יהיה בשבת אין זה כנשבע לבטל את המצוה וכו' ודברים תמוהים הם דהתם דוקא שהוא בשוא"ת משו"ה חיילא שבועתו

אבל

אבל נשבע לאכול נבילות ושקוצות ודאי לא חל על הנבילות שהוא כקו"ע ואפילו למאן דפי' הקיא דשבועה שלא אוכל מצה דלאו מטעם כולל הוא אלא משום דהזכיר ליל פסח הכא כיון דהזכיר ז' כניסן היינו כאומר ומה לנו כידיעתו הא לאו וידיעתו מכרעת עכ"ל נראה שהבין הרב ז"ל שדעת הרא"ש לומר דאם היה יודע דז' כניסן הוא שבת הוי כנשבע שלא יאכל מצה סתם. וחיילא שבועתו כקו"ע ולפרוע ביום שבת וע"ז תמה דשאני התם דהוי בשוא"ת. משא"כ בקו"ע לא חל וכ"ד הוי כנשבע לאכול נבילות ושקוצות דלא חל אנבילות זה הנראה בכוונתו ולא ידעתי היאך הבין כן דאדרבא לשונו של הרא"ש מורה להפך דאילו ידע דז' כניסן היה שבת הוי כנשבע לבטל דלא חלה שבועתו אבל השתא דלא ידע חלה שבועתו ולא ידעתי היכן מצא רמז כדבריו הרא"ש שחייבו לפרוע ביום השבת עד שיקשה עליו דלא מצינו שחלה השבועה אלא בשוא"ת. אבל בקו"ע לא חלה ואי משום דדימה הרא"ש ז"ל כ"ד לנשבע סתם שחלה השבועה הרי ביאר בפירוש דחלה וצריך לפרוע קודם כדי שלא לעבור בשבת על שבועתו אבל בשבת עצמו לא ומ"ש דכיון דהזכיר ז' כניסן הוי כהזכיר ליל פסח אחרי נע"ר נראה דליתא דמ"ש כ"א ידע שהוא שבת שפיר הוי כהזכיר ליל פסח שהוא מבואר דכוונתו לעבור עבירה. אבל אם לא ידע שהוא שבת הרי אין כונתו לשם עבירה ומה דמות יערוך כלא ידע שהוא שבת להזכיר ליל פסח סוף דבר שדבריו נפלאו ממני וצ"ע:

וראיתי למהרה"כ ז"ל בתשו' סי' ד"כ שהביא תשו' הרא"ש וכתב עלה וז"ל איברא דקשיא לי על הרא"ש דכיון דכונתו היא לומר שיפרע קודם ז' כניסן א"כ למה ליה למהדר בשאלה שניה הטעמא אחרינא כטעמא קמא דשאלה ראשונה שני ליה דבשאלה קמייתא כ' דכונתו שיהיה שמעון פרוע כו' בניסן ולא שיפרענו דוקא באותו יום א"כ בשאלה שניה נמי אמרינן הכי דכונתו שיפרענו קודם ונפרענו במעות כמו שהתנה עכ"ל ואני איני רואה שום קושיא דעיקר טענת ראובן דכיון דאירע יום ז' כניסן בשבת הוי אונס וע"ז השיב דמתרי טעמי אין זה אונס חדא דאין כונתו שיפרע באותו יום דוקא אלא שיהא פרוע כו' בניסן וא"כ חלה עליו השבועה שיפרענו מקודם ועוד שאפילו באותו יום יש בידו לתקן ע"י משכון וא"כ אין זה אונס פוטרו דכל שיש בידו לתקן הן לפרוע מקודם הן לפרוע אותו היום וכדרך היתר חלה עליו השבועה ולא אמרינן שכונתו על אותו היום ולעבור באיסור אבל לשאר ימים ליכא חובה או י"ל ג"כ שמ"ש ועוד וכו' ר"ל ועוד דאה"ל שכונתו לפרוע באותו יום וכ"מ שחייב עצמו לפרוע ביום פ' דוקא אעפ"י כן לא נפטר מן השבועה שהרי אפשר ליתן לו משכון ואין בזה חילול שבת כדתנן במתני' פ' שואל ואם אינו מאמינו מניח אצלו משכון עד לאחר השבת וא"כ אפשר לו לקיים שבועתו וכדרך היתר ושוב כשא"ל שפי' בשבועתו שיתן לו מעות ולא משכון הרי פשיטא דיש בזה חילול שבת וא"כ אם חייב עצמו לפרוע ביום ז' כניסן דוקא באנו לבית הספק וע"ז השיב דאעפ"י כן לא נפטר מן השבועה וחייב לפרוע מקודם דבשלמא אם היה יודע שז' בניסן יהיה בשבת ואפ"ה נשבע ולא הקדים ולא איחר פשיטא דעיקר השבועה היתה לבטל את המצוה מדלא הקדים ולא איחר אבל השתא דלא ידע דז' בניסן יחול בשבת הא ודאי דאין כונתו לישבע לחלל שבת אלא שיהא פרוע בז' בניסן וכטעמא קמא שכתב תחילה וחלה עליו השבועה לפרוע מקודם:

עוד כתב הרב הנז' וז"ל ועוד קשיא לי עליו דמאי ראיה מהסיפא דלא אוכל מצה הא התם שכונתו הוא שלא יאכל לא בליל פסח ולא בכל השנה ומ"מ חייל שבועתו משום דחייל בכולל מינו דחייל השאר ימות השנה חייל אליל פסח אבל הכא לא ידע שז' בניסן הוא בשבת ואפשר לומר דשבועה בטעות היא ופטור משבועתו דדמי לנדרי שגגות ולא דמי כ"ד לההיא דאיס כלל עכ"ל. וגם ע"ז אני אומר שכבר כתבנו לעיל שדעת הרא"ש כדעת ריטב"א שכ' התו' דטעמא דסיפא דנשבע סתם שלא יאכל מצה דחלה השבועה לאו משום כולל הוא אלא משום שלא הזכיר בפירוש ליל פסח מש"ה חלה השבועה וה"נ כה"ד אלו היה יודע שנשבע בניסן בשבת והזכיר ז' בניסן הו"ל כהזכיר ליל פסח בפירוש ולא חלה שבועתו אבל השתא דלא ידע שיחול ז' בניסן בשבת הו"ל כנשבע סתם דחלה עליו השבועה והו"ל כמי שנשבע שבז' בניסן יהיה פרוע ולזה חלה עליו השבועה לפרוע קודם ז' בניסן משא"כ אלו ידע דז' בניסן יהיה שבת ונשבע לא חלה אקודם ז' בניסן וכמ"ש ודוק ומכל מה שכתבתי אתה תחזה שמה שהאריך הרב עדות ביעקב בסס"י ז' להק' על הרא"ש ז"ל במ"ש שחייב ליתן לו משכון כדי לקיים שבועתו וכו' והקשה הרב דהא שבועה בטעות היא דאלו ידע דיחול בשבת לא היה נשבע וכו' והאריך בזה יע"ש. לק"מ דכל כמה שיכול לתקן לקיים שבועתו ולא לעבור באיסור כגון לתת משכון אין כאן הוכחה לומר דאדעתא דהכי לא נשבעתי שהרי יכול הוא לקיים שבועתו ולא לעשות איסור ופשוט דאלו הוה הרא"ש ז"ל מחייבו לתת מעות ולא משכון דקעביד איסורא שפיר הוה מקשה הרב ז"ל וכמו שהקשינו לעיל אדברי הרשב"א אבל השתא דלא כתב הרב אלא שיתן לו משכון אין כאן מקום קושיא ודוק כאוס

הצעיר

חיים מרדכי

לבטון

ס"ט

סי' ל"ב

שאלה ראובן ושמעון חתנו נשתתפו יחד כמו"מ עפ"י השטר שהיה ביניהם וזהו נוסחו כהיות שה"ר ראובן ומתנו ה"ר שמעון נשתתפו בזה האופן שה"ר ראובן הנז' הניח ומסר ביד חתנו הנז' סך כו"כ ראיי"ל' להתעסק בסך הנז' בתורת עיסקא

עיסקא ושותפות ושמעון: גם כן הנ"א קרן כו"כ עם
סך הנז' ושמעון ילך לדמשק וימכור וישלח ליד מו"ח
ראובן הנז' וכן ראובן יחזור וישלח לו ע"ד הנז'
ושמעון קבל עליו שכל מין. דיוח שיזמין הש"ת מן
שני שכי הנז"ל ותסכים אחרים אפילו מלואה כדרך
יחלקו הריוח לחלאין זכן כשפסד דראובן קבל שכל
ריוח שיזמין לו הש"ת מסך הנז' דוקא יתחלק
לאמצע בין ב' וכן כהפסד שיהיה מהסך הנז' וש'
הנז' אין לו כלום בכל מה שיתעסק ראובן בשנים
אחרים ומלאכה אחרת הכל לראובן ויקח שמעון
שנים ומלי דאיו"ב לכל שנה ושנה והתנו ביניהם שכ"ז
שיולית ראובן הנז' שטר זה קיים מתחת ידו או
מתחת יד ב"כ שאין יכול שמעון לומר לו לא הוה
ולא כ"כ ולא הכ"ם החזרנו לך כלום מהסך הנז'
או נתבטלה השותפות עד שיהיה השטר קרוע קריע
כ"ד או שיהיה הפרעון מנכו זקבלו עליהם שאפי'
אם ישלח כ"א לחבירו יותר מסך הקרן הנז' יהיה
לאמצע ג"כ הדוח והפסד ואין יכול לומר לחבירו
למה שלחת זה הסך אפילו ששלחם שלא בידיעת
חבירו והאמינו זל"ז עליהם ועל כ"ך לפי הפנקס
וחשבונם לומר כו"כ שלחתי וככו"כ קנינו וככו"כ
מכרנו עפ"י דבורם הקל במאה עדים ויקח שמעון
הנז' לצורך הולאותיו מן אמצע השותפות סך חמשים
גרוש' ראיו"ב של דמשק בכל חדש ולא יוכל ליקח
יותר עד שיעשו חשבון ביניהם עוד התנו שכל זמן
שיכתוב לו ראובן הנז' שיחזור לבגדאד חייב לחזור
ושמעון הנז' שעבד מעתה כל מאי דקנה ודעתיד
למיקני מטלטלי ומקרקעי כולהון אחראין וערבאין
לפרעון כל שיתחייב שמעון לראובן בעת החשבון
כל זה היה כפ"ע חו"מ וקיבלו עליהם שניהם
סברת כל פוסק ופוסק המקיים כל אופן ואופן
מאופני הנז' ואפילו שהיתה סברתו יחידאה הפך כל
הפו' ואפילו נגד מרן ז"ל קבלוה עליהם כהלכה
למשה מסיני זקנינו מידם קנו"ם במדל"כ על כל
הנז"ל גם נשבעו ש"ח כתכ"ף ע"ד המכ"ה וע"ד
כהכ"כ לאשר ולקיים את כל הכתוב ומפורש עליהם
לעיל וכו' בביטול וכו' זבפיסול וכו' ואחריות וכו'
כאחריות וכו' דלא וכו' ודלא וכו' ולראיית האמ"ן
ח"ם פה בגדאד יע"א. והיה זה בשנת התקפ"ע
ליצירה ביום פ' והכל. שו"ב וקיים • ושני עדים
כשרים החתומים בו ועתה נתעסקו בשותפות זה
מסך ו' שנים ש"מ עפ"י. הסדר ואופן שטר הנז'
דהיינו שישלח שמעון הנז' סחורות מדמשק לבגדאד
ליד מו"ח ושולח תמורתם ראובן סחורות אחרות
ליד חתנו לדמשק ויהי אח"ך שלח שמעון למו"ח
סחורת כסך גדול וראובן לא שלח תמורתה שום דבר
וישלח ש' דברים שבכתב וילן שם על מו"ח למה לא
שלחת מאומה ויהי כמשיב לא נשאר בידו מאומה
לא קרנא ולא פירי מסיבת שקנה בית והשיא בניו
ובנותיו ואינו יכול עוד לשלוח סחורות וישלח שמעון
למ"ח לומר מאחר שהקרן נשאר בידך אנכי אתעסק
לבדי ונתעסק שמעון לבדו וראובן לבדו מסך עשרים
שנה והן עתה בא ראובן טוען שהשותפות קיימת
עדין ויתן לו שמעון ריוח העולה לו מך' שנה עד
היום הזה מאחר שעדין שטר זה קיים וכתוב בו
אפילו מלואה כדרך ושמעון לועק כמר נפש מאחר
שהקרן לקחו חמיו וגם הריוח הנוגע לשניהם בשנה

שנים הנז' הנה הנם תחת ידו וא"כ בודאי אנמוד
שנתפרדה החבילה וכמו אשר כתבתי לו מזה זמן
רב ומה שהרווחתי לעצמי הרווחתי • וגם טוען ש'
כי זה לי עשרים שנה שלא כתב ראובן מאומה על
ענין זה בודאי סבר וקביל עפ"י כתבו שכתבתי לו
מזה זמן מאחר שהקרן נשאר בידך אנכי אתעסק
לבדי זאת ועוד טוען שמעון הנז' כי ראובן חמי
יודע שבזמן השותפות הייתי שולח מעט סחורות
מסך מה על שם אשתי שלקחתי מנדונייתה ושלחתי
אותם לשמה ע"י בדי שיהיה הריוח לה לבדה ואחר
השטה שנים שראותי שלא נשאר בידי קרן להרווח
בדי למנות טרף לביתי שולרכתי ג"כ לקחת נדונייתה
שלה ונתעסקתי בו ומהקרן הנז' ה' הללים בידי
וא"כ מאחר שעיקר הקרן אינו משלי א"כ הריוח
שייך לאשתי וראובן טוען איני מודה לך שנשאר
הקרן בידי ומה שלא תבעתי לך כזמן עשרים שנה
מפני שאמרה חתני אמרתי ויבי מה יתעסק לבדו
ואח"כ אחלוק עמך • ושמעון משיב אעפ"י שהשטר
הזה קיים ויש נאמנות בשטר מ"מ כתוב אח"ך
בשטר והאמינו ב' זל"ז עליהם ועל כ"כ אפילו
פנקסם וחשבונם לומר כו"כ שלחתי וכו"כ מכרתי
וכו"כ קניתי במאה עדים • גם טוען שמעון מה
שלא שלחתי לקחת מידו השטר או לקורעו קרע
כ"ד ע"י אחרים מסיבת שאמרה לי אשתי היא בתו
של ראובן הנז' כי כשהיתה בבגדאד שעלה הנהר
ושטף ממון ושחוד' וכתעבי נפשות והוטבעו השטרות
בשטיפת הנהר שהיתה שם כידוע ומפורסם מזה
זמן רב ועפ"י דבורם האמנתי שהיתה שם בזמן
השטיפה והיתה מהומה גדולה לסיבה זו לא שלחתי
במכתב לאמר לשלוח השטר הנז' או לקורעו קרע
כ"ד ועוד במכתביו של ראובן לשמעון כתוב לאמר
בזה הלשון ליהוי ידיע לך בעת שהנהר גדל ושטף
לא נשאר לך לא כסף ולא זהב מן הנוגע לאשתך
שהיא בתי ואלו השטרות והדפתאיר והסנדאת כלם
חלפו הלכו להם בשטיפה וזה הדבר נכפל ב' פעמים
במכתביו ובכוונת אשת שמעון אלל בעלה גם היא
סיפרה לבעלה הנז' כנז' שלא נשאר זולת השטרות
וכו' ונמלאו דבריה מכוונים לדברי אביה ראובן
לסיבה זו לא תבע שמעון שטר השותפות כלל ע"כ
באו דברי השני לדדים יורנו המורה הדין עם מי
ושכמ"ה:

תשובה אל אלקים הוא יודע כי רבו טרדותי
לא יתנוני השבירותי שאמנם לבלתי
השב פני שואלי ריקם הוכרחתי כמעשי לשוטט אנה
ואנה בין הרבקים ראשי פרקים ואל אלקים אקרא
שיעזרני ע"ד כ"ש לכל אכזל בדבר הלכה כו"ר
ואומר דטענות שמעון שכאות בשאלה הם בריאות
וטובות כי אם כנים הדברים מ"ש בשאלה כי שלח
שמעון אגרת למו"ח וילן שם על מו"ח למה לא
שלח לו מאומה לצורך השותפות ויהי כמשיב שלא
נשאר בידו מאומה לא קרנא ולא פירי מסיבת
שקנה בית וכו' ואם אמת היה הדבר הזה מה מקום
לטענת חמיו עליו כ"א אמור מעתה מכיון
שמלא נים כמורד ואף אם השטר עומד וקיים
עד היום הוא מה מעלה ומה מוריד הרי שובו
בידו בכתב מפורש אשר הורס הקרן ומי שם
פה לאדם לומר תהיה שותפותם נמשכת לעולמי

עד וגם אם נשבעו ש"ח וכו' אין ספק כי אדעת' דהכי לא נשבע שמעון כי מו"ח ירוש קרן אשר שם בשותפות ואכל יגיעו של חתנו אשר פעל ועשה בגופו וממונו :

וגדולה מזאת כתוב בתשו' הרב פני משה בח"מ סי' ק"ו בנ"ד בכ' שהטילו לכיס זה מנה וזה מנה ע"מ לחלוק הריוח לחצאין ושוב שלח ידו א' מב' ולקח קצת מקרנו אם יש מן הדין לחלוק עם חברו בריוח כאשר התנו ביניהם או לא וכתב הרב שם בתוך דבריו ובנ"ד כמי אם כמה שהכר לקח הריוח הוי לאמצע וכמה שנשאר עדיין בשותפות חולקין לפי ממון דמעיקרא. לא נשתעבד לתת לו מחצה על מחצה אלא מפני שהקרן היה על קו השוה ואף להנהו רבוותא דס"ל ב' שהטילו לכיס זה מנה וזה מאתים דחולקין בשוה בנ"ד שמעיקרא היה מחצה על מחצה יודו דחול' לפי מעות וכו' ע"ש משמע שנאמר דאם היה הדבר שהב' לקח את כל הקרן שלו אשר שם בשותפות אין לו ליקח שום ריוח כלל שהרי דן הרב ז"ל דחול' לפי מעות ושתמו כפירושו דאם לא השאיר אחריו מאומה מן הקרן אין לו ליקח כלום וכו' שהסכים דעת מהר"ש עדילה שם ועם כי אנכי בעוניי כתבתי בח"מ לעיל בסי' רכאשר יהיה האופן דב' שותפים נתעסקו בעסק השותפות בשוה וא' מהם פשט את ידו ומיעט את קרנו והשאיר מעט מזער שאין סברא לומר דיחלוקו לפי מעות שהרי ויגיעת ב' היתה שוה ואיך יקח לו הא' חלק א' מהרבה אשר לא עמל בו ולא בידלו וה"ה אם לא השאיר קרן איך יצא נקי מכל עמלו שיעמול וכתבתי דאין ספק דתחילה ישירו שכר טרחם ועמלם כאשר יאות והיה הנשאר יחלוקו לפי מעות מ"מ בנ"ד שראובן הנז' בשאלה לא נתעסק באלו השנים כלל ועיקר ואדרבא ויאכל גם אכול קרנא ופירי אין ספק דאין לו כלום על שמעון חתנו :

האמנם מ"ש בלשון השואל וז"ל וראובן טוען איני מודה לך שנשאר הקרן בידי וכו' כתוב בשאלה כי דברים הללו באו סתומים שהוא סותר מעשה הכתב שכתוב בו שלא נשאר בידו מאומה לא קרנא ולא פירי מסיבת שקנה בית וכו' ואיך טוען בעת שאינו מודה שנשאר הקרן בידו ואם בעת שכתב הנז' הוא מלוי ונראה איך יוכל להכחיש המוחש ומוכרחים אנו לומר ששמעון טוען ששלח לו חמיו כתב וכתוב בו נוסח הנז' וראובן מכחיש שלא כתב לו כן ונאבד הכתב הנז' ועל כן ראובן אינו מודה שנשאר הקרן בידו ויען שיש נאמנות לראובן הנה כי כן רוצה להעמיד השותפות עד היום הזה ואם הדבר כן מ"ש בשאלה ששמעון משיב אף שיש נאמנות בשטר שכל זמן ששטר זה קיים לא יוכל לומר שהחזרתי לך כלום מהקרן כנז"ל מ"מ כתוב אח"ך בשטר והאמינו ב' זלו"ז עליהם ועל כ"כ לפי פנקסם וחשבונם לומר כו"כ שלחתי וכו"כ מכרתי ובכו"כ קניתי כמאה עדים ע"כ מבין ריסי עיניו של שמעון נראה שכיון להשיב דבשם שהוא האמין לומר שלא החזיר לו כלום כך האמינו חמיו לומר שהחזיר לו ובאמת שאין בדבריו הללו לא טעם ולא ריח דא"כ מה טעם לנאמנותו זו ואם יהיה השתא ביניהם מי הוא זה ואיזה הוא שנאמן וחברו משקר הא ודאי דברים אלו תפלים מבלי מלח אבל האמת כי נאמנות שבשטר הן כמה שהאמין שמעון לראובן לומר שלא החזיר הן כמה שנים שהאמינו זלו"ז לא ראי זה כראי זה ושניהם חיים וקיימים כי האי לחודיה קאי והאי לחודיה קאי כי לענין החזרת הקרן ראובן נאמן לומר שלא החזיר לו הקרן אף אם שמעון מכחישו שהאמנם אם בתוך ימי השותפות שהסכימה דעתו של שמעון לשלוח לחמיו סחורה אשר לא נוח לו עליה הרשות בידו ובהיות כי אפשר שישלח לו איזה סחורה ויארע בה איזה אונס בדרך שום ויאמר מי יאמר ששלחת או שכל אחד יאמר לחברו הסחורות אשר שלחתי לך מי יאמר בכו"כ נמכרו או הסחורות אשר קנית מי יימר שבכך נקנו ועל דברים כאלו האמינו זלו"ז שבכו"כ שלח סחורות ואם נגנבו או אבדו או נאנסו יהיו לאמצע ובכו"כ קנה כל הסחורות ששלח ובכו"כ מכר הסחורות אשר נשתלחו לו מבלתי שום שבועה וכו' אבל החזרת הקרן עומדת :

והנה כי כן אנן בדידן נוכין ונדון בטענות ראובן אם הוא טוען שלא קיבל כלום מקרנו ועדיין שותפותם בלבונה ובקומתה ביום הוסדה או שטוען שקבל מהקרן בא לידו וקצת נשאר ומ"מ שותפות קיימת כיון שהשטר עדיין קיים שכן כתוב בשטר והיה תנאי שכ"ז שיצא שטר זה קיים מיד ראובן הנז"ל או מתחת יד ב"כ שאין שמעון הנז' יוכל לומר לא הוא ולא ב"כ שהחזרנו לך כלום מהסך הנ"ל או בטלה השותפות עד שיבוא השטר קרוע קרע ב"ד או שיהיה הפרעון מגבו ע"כ ואני אומר עד"ז ע"כ יאמרו המושלים בואו חשבון שאין ספק שיש לראובן ושמעון פנקס סדר הכנסה והוצאה ומתוך הפנקס יתבררו ויתלבנו הדברים אם באמת עדיין קרנו של ראובן קיים במות שהוא עדיין שותפותם קיימת כאשר בתחלה מבלתי שום תוספת ומגרעת ואם יתברר שנשאר מקצת מן הקרן ביד שמעון הנה לדבר זה חזרנו למ"ש בתחלה כי לפי הסכמת הפ"מ ז"ל ומהר"ש עדילה ז"ל נתבטל סדר השות' אשר התנו בתחלה תחלה וראה כי אדעתא דהכי לא נשתתפו וחול' לפי מעות הממון בנ"ד דראובן הוציא לקרן קיימת נ"א אלף גרו"ש מ"מ ושמעון הוציא לקרן ו' אלפים גרו"ש ואם יהיה האופן שיתברר שנטל ראובן חצי קרנו או פחות מעט אם נאמר דיטול רביע מן הריוח וכן עוס"ד או שנאמר כיון ששמעון לאו בתאי קרנא לחוד נושא ונותן אלא שלוקח מאחרים סחורות בהקפה ושולח לראובן ואין ספק דהאחריות נ"כ עליו שום בשוה דכ"ע ידעי שהוא שותף והוא עשיר יותר מחתנו ובשבי מדס"ד לוקח דהאחריות עליו שוה בשוה ולא יטול מן הריוח כ"א רביע ולא עוד אלא שכבר כתבתי בח"א על נדון קרוב לנ"ד דעין רואה דבענין השותפים אין כל השותפים שוים דלפעמים עיקר משא ומתן בקרן שמוציאים בעת שיקופם ולפי שיעור הקרן מתרבה ומתמעט הריוח דבכה"ג אם שלח ידו השותף ומיעט הקרן ה"ז כרוא חזקה דמתמעט

הריוח

הריות. ולפעמים השותפים מוציאים קרן לצורך השותפות ואחר ימים או עשור יאמנו דבריהם כעיני הסוחרים ולוקחים מהם ונותנים להם והקרן שהניחו יבטל במיעוטו וכאילו אינו דהכה"ג אף אם השותף האחר הסיר את קרנו לא חלי ולא מרגיש כי באמונתם יחיו ויצליחו וירויחו וכתבתי דהנה כי כן דאין לדיין אלא מה שעיניו רואות בנדון הבא לפניו ׃ וכעין זה מצאתי בתשו' הרב בתי כהונה בח"ב סי' ל"ד בכ"ד שהשותף היה נוטל בריות להוצאתו יותר ממה שקצץ על עצמו בעת שיתופו ליקח והיה שותפו מוחה בידו ולא הבה שמוע ולבסוף נשברו השותפים הנז' וטוען השותף שבכלל השיכוך היתה שיבה שהותפו לקח. שך רב יותר ממה שקבל על עצמו ליקח ובסיות שסוף כל סוף לא נמצא ריוח נגלה הדבר שלקח מהקרן וזו היא סבה א' מן הסיבות וכתב על זה בסוף תשובתו ומה שבא בטענה שזה גרם הפסד גדול ממיעוט הקרן הנה בשנטל ראובן אותו היתרון מזמן מאן מוכח שהיה מהקרן ממש ולא בריא היזקא ובלא"ה לא בריא היזקא דאפשר שאף שפיחת הקרן לא יהיה הפסד וכו' ועיין בס' פ"מ ח"א סי' ק"ו והתם הוא שפשט ידו בקרן להדיא וגם החלקים שוים בקרן וריוח ע"ש עכ"ל הרי לך דלאו כל הנושאים שוין דלפעמים אף שלקח מהקרן אינו בריא היזקא בכ"ד דהרב ז"ל ובכ"ד דהפ"מ אזיל ומורה לפי שפשט ידו בקרן להדיא ואין ספק דבכל נדון ידון הדיין לפי חומר הענין ומוצאיו ומובאיו כנלע"ד:

והנה אמת אגיד שבכר ראיתי להרב יכין ובועז בתשו' סי' ט' שכתב בכ"ד בראובן וש' שנשתתפו והניחו קרן בשוה והיו חולקין הריות בשוה ועמדו כן ימים רבים ולבסוף עמד שמעון בהעלם עין מראובן ונטל כל הקרן שהניח וקנה בו קרקעות לעצמו וראובן מחמת שלא הרגיש בדבר היה נושא ונותן בסחורות ומה שהיה מרויח היה חולק עם שמעון שוה בשוה בסדר חלוקתם ולבסוף כאו חשבון והכיר ראובן וירע את אשר עשה שמעון שהסיר את קרנו וצעק עליו לאמר מה זאת עשית עמדי לחלוק שוה בשוה כמה שאנו מרויחים בממוני השיבו ש' דיעמוד עמו בדין והשיב הרב דמן הדין כיון שלא חלקו השותפות קיימת וכ"ש שלא נטל בתורת חלוקה וכו' וא"ת ואיך יטול שמעון בריוח והרי אין לו בקרן ׃ י"ל אין בכך כלום שהרי שניהם שנושאים ונותנים אעפ"י שהממון של אחד מהם ה"ז נקרא שותפות ואם פחתו או הותירו לאמצע ואם חקשה ותאמר שזה אפשר להיות שנתרצו בתחילה ונסכמו על כך י"ל אפילו נודה בזה נחזור לעיקר הדין שכיון שלא חלקו עדין הם שותפים בריוח והפסד ואותם קרקעות ונכסים שקנה שמעון מממון השות' אם יש בהם ריוח ודלה ראובן להחזירם לאמצע הרשות בידו ואם יש בהם הפסד ההפסד לשמעון לבדו כמי שנתן מעות לשותף לקנות חטים וקנה שעורים וכו' אבל לא נתבטלה השותפות מחמת כך ונוטל חלקו מהריות כמו שהיה בתחילה וכו' עכ"ל:

ובשאני לעצמי אני תמיה ע"ד הרב ז"ל בזה דהן לו יהי כדבריו דכ"ז שלא חלקו שותפותם קיימת מ"מ כיון ששינה בדבר שחבירו מקפיל עליו הרי השותף יכול לומר אדעתא דהכי לא נשתתפתי ולא חייבתי עצמי לחלוק עמך בשוה והומרנא כי האי הוי אומדנא דמוכח טובא והרואה יראה שדעת הפ"מ ומהר"ש עדילם והרב מהר"א אלינרי ז"ל בס' לב שמח סי' י"ו וי"ז והרב מהר"י קלכי סי' י"ט והרב בתי כהונה ז"ל סי' ל"ד כולם הסכימם דעתם הפך הרב יכין ובועז בתשו' הנז' שכלם כתבו דאם השותף שלח ידו בקרן דחולקים לפי מעות ובודאי דבוותייהו נקטינן דרבים המה:

האמנם אין מה נענה בכ"ד שמפורש כתוב בשטר העשוי ביניהם וכתוב בשטר וקיבלו עליהם שניהם סברת כל פוסק ופוסק המקיים והמאשר בכל אופן מאופני הנז"ל אפילו שתהיה סברתו יחידות והפך כל הפוסקים ז"ל ואפי' שתהיה כנגד מרן בשה"ט קבלוה עליהם בשל"מ וכו' ומעתה אף דאה"ל דסברת הרב יכין ובועז היא ס' יחידות מ"מ הרי קבלוה עליהם רו"ש הנז' בשאלה ׃ אכן הנלע"ד ליישב דעת הרב יכין ובעז עם סברת שאר הפוסקים שכלם לא כתבו בכ"ד אלא היכא דבריא היזיקא בהסרת הקרן ואין ספק דדיינינן ביה דין אומדנא והנה כי כן חולקים לפי מעות משא"כ בכ"ד דהרב יכין ובעז דעין רואה שלא הרגיש השות' בהסרת הקרן ואילו היה היזק ברור תכף היה ניכר והא ודאי דאין זה בדינא דגרמי אלא בדין גרמא בנזיקין ופטור וכעין מ"ש הרב"כ ז"ל בכ"ד דבלואי יגיע לדין גרמא בנזיקין ׃ ומעתה בכ"ד שראובן נטל כל הקרן ותכף ומיד כתב לו חתנו שאינו מקבל עליו להיות שותף שלו ורוצה להחזיר לו שטרו והוא השיב שבכר נאברו שטרותיו ושמעון האמין בדבריו מי שם פה לומר שיתחייב לחלוק עמו ותהיה שותפותם קיימת ׃ אחר עבור זמן ומנם ומניהם ויכולים אנו לומר שלא קבל עליו שמעון ס' הפוסק המקיים והמאשר וכו' אלא בשתהיה דעתו מפורשת בנם בנדון זה הוא מאשר ומקיים לחייב משא"כ בכ"ד שאפשר שהוא מידה ׃ ולא עוד אלא דעיקר היסוד אשר בנה עליו דייק הרב יכין ובועז הוא מטעם שכיון שלא חלקו שותפותם קיימת בבתחילה ומולא דין זה ממ"ש הרמב"ם פ"ט מה' שלוחין דין א' ופסקו מרן בשה"ט ח"מ סי' ל"ג ׃ והנה מ"ש שם הם ז"ל הוא לענין שבועה שכל שלא חלקו שותפותם קיימת ומשביעין זה את זה אבל לענין הריוח שהרויחו אחר שהסכימו לחלוק אפשר שיודו דכיון דמתלו זה לזה שוב אינם יכולים לחזור וכ"כ הרדב"ז ז"ל בח"ב סי' שכ"ו וכן הוא דעת מהרא"ר"כ בתשו' סי' ק' וכתב הכנה"ג הגה"ט אות קס"ח דדברי הטור דסי' ל"ג אינם אלא לענין שבועת השותפים דוקא אבל לא לענין קיום השותפות יע"ש וכן הוא דעת הכ"ח בתשו' סי' כ"א בכ"ד יע"ש ׃ ועם כי הרואה יראה שמהרשד"ם בתשו' ח"מ סי' קס"ט בכ"ד דהסכימו לחלוק ואפי' הכי כתב הרב ז"ל בתשו' דעדין שותפותם קיימת והביא ראיה מד' הטור דסי' ל"ג יע"ש ואחריו נמשכו הרב בעל מ"ן בח"ב סי' כ"ן והר"ב אנ"ול בתשו' סי' מ"ט יע"ש ולפי זה בכ"ד ששמעון קבל עליו סברת הפוסק המאשר והמקיים וכו' ׃ מ"מ הא לא תברא לכ"ד דכל מ"ש הרבנים הנז' בנדון דידהו לא תוירו שנטל

אחד

אחר מהם הקרן אלא שנתרצו לחלוק ושוב א' מהם חזר בו על זה פליגי אם שותפותם קיימת אם לאו אבל בכי הא דנ"ד דראובן נטל כל קרנו ואיכא אומדנא דמוכח דאדעתא דהכי לא נשתתפו וכבר כתב הרב לב שמח בתשו' סי' י"ו וי"ז וז"ל דמעולם לא התנו לחלוק בשוה אלא כשיהיו מעות כל אחד מהם כפי מה ששמו אותם בשותפות תחילה הילכך כשהחסיר לא יהיה הדין נותן לחלוק בשוה אלא כפי הערך שהשאיר אחריו ברכה דאל"כ לקתה מדת"ד שיהא החוטא ועובר על התנאי נשכר עכ"ל ומלבד דמילי דסברא נינהו אני ראיתי בחפשי בהמתחות ספרי הפוסקים כמה תשובות שכתבו כנדונותיהם כיוצא בדברים אלו · פוק חזי בתשו' הגאונים הנק' שערי צדק בח"ה שער ח' סי' א' שכתובים ששאלתם ראובן עבד שותפותא עם שמעון ואתני בהדיה דלא ליפרוש מיניה אלא בהנפותי ואזל שמעון לדוכתא רחיקא ועבד התם סחורתא כמה שני ומטא לידיה רווחא טובא ובתר כן בעא למיהדר ועייל לספינתא ותברא נחשול לבהית ספינתא ואיתאביד כל מאי דהוה בידיהון ואזל שמעון בתר כן ושקל וטרי ורווח טובא וכו' ובתר הכין אתא ראובן קא תבע ליה לשמעון א"ל הבת מאי אית לך בהאי ממונא ההוא דשקלי מינך איתברת ספינתא ונפקית ערטילאי וכו' א"ל ראובן הנא אית לי תנאה עלך דלא תפרוש מינאי אלא בהנפאי ועדין שותפא דילי את ושטר שות' דילי כתיב ביה האי תנאה וכו' · השבנו על זה וכו' וכיון דטבע ממוניה דראובן כוליה ולא פש מיניה שום מידי בטלה שותפותא דבין ראובן ושמעון וכו' יע"ש באורכה דבר הלמד מענינו דהגם דאיכא תנאי ביניהם שלא תבטל השותפות עד שיחלוק בפניו מ"מ כיון דהקרן חלף עבר בטלה השותפות והגם דדעת רב שרירא גאון ז"ל שם שחולק יע"ש מודה הכא בנ"ד דשאני התם דנשבעו וכיון דהוית עסקא ופלגא מלוה הוי כאילו היא קיימת עדין שכל ממון שמתעסק בו משועבד לחצי של מלוה משא"כ בנ"ד דראובן עצמו שחזר בקרן וכאין ספק דבטלה השותפות הגם שהתנו ביניהם שתהיה נמשכת שותפותם כל זמן ששטר השותפות קיים פשיטא דאדעתא דהכי לא נתחייב שמעון ובטלה שותפות מעיקרא · ולא עוד אלא דהרואה יראה בסדר וקשר שותפותם שעשו ביניהם בכתב מפורש בשטר ששמעון ילך לדמשק בסחורות וימכור וישלח ליד ראובן וכן ראובן ימכור וישלח לו וכן עוה"ד וכו' הרי שראובן נתחייב במכירת הסחורות הנשלחים לו וכן בקניית תמורתם ואח"ך עסקו ועסק שמעון בדמשק בשוין הכתוב מדבר שכל אחד מהם חייב למכור הסחורות הבאים לידו ולקנות חליפתם ועל אופן זה חייבו עצמם זה לזה לחלוק הריוח העולה ויען שראובן שינה ופשט את ידו ובא לו לקרן ולא השאיר עוללות ביד שמעון לחזור ולשלוח לו עוד ואי נשום מחוסרי אמנה הרי נשאר ראובן מבלתי שום עסק כלל וש' לבדו מתעסק מי שם פה לאדם לומר ששמעון ההוא יתעסק לבדו ושוב יחלוק עמו בריוח והרי עדיפא נינהו מלאנו בתשו' הרשב"ש בח"א סי' ל"ה הביאה מרן הב"י סי' קע"ו מקודש א' בשותף שחלה או נאנס ולא נתעסק בשותפות אין מן הדין שהאחר ירויח ויתן לחבירו יע"ש והרי הדברים ק"ו ומה התם דהוי מחמת אונס אפילו הכי פסק דאין מן הדין שהאחר ירויח ויתן לחבירו כ"ש הכא דאין כאן שום אונס דהוא הוא שהביא על עצמו שקנה בית והשיא את בניו ועי"כ מטה ידו שלא היה יכול עוד לשלוח לחתנו שמעון מאומה הא ודאי שאין מן הדין ששמעון יטרח וירויח ויתן לו :

ועם · כי רואה אנכי למהרא"ב ז"ל בתשו' סי' קי"ב דאוקמוה לתשו' הרשב"ץ הנז' בשותפים במלאכת יד דוקא אבל בשותפים בממונם שמין לשותף ש"ט והשאר יחלוקו יע"ש מ"מ הא לא תברא לנ"ד דהרואה יר' למהרא"ב שם דק"ל לס' הרשב"ץ מכח הסברא דאיך יעסיק השותף בממונו של זה ומפני ששותף חולה יקח הריוח לעצמו ומשום הכי הוכרח לאוקימתא בשותפים במלאכת יד דוקא ולא בממונם ומינה נראה ברור דאי ליכא שום ממון לשותף כגון נ"ד שכבר נטלו שוי דינם כדין שותפים במלאכת דוקא דאין מן הדין שהאחר ירויח ויתן לחבירו והאחר יושב ובטל בלי שום עסק וכן אתם מוצא לסמ"ן ז"ל בח"ב סי' ו"ו שהסכים לסילוק מהרא"ב וכתב דס"ם כמי אם נתעסקו בעסק מנ"מ שלוקחים בכסי אחרים בהקפה אם חלה השותף אינו נוטל בריוח יע"ש · גם הרב החבי"ב בתשו' ח"ב סי' מ' הסכים לחילוק הרב משפט צדק ומהרא"ב יע"ש :

ורואה אנכי שמתורתן של ראשונים אנו למדין דבר זה שמצאנו להרשב"א ז"ל בח"ג סי' קמ"ב שנשאל על ראובן ושמעון ולוי שלקחו ממון מלוה להתעסק בו ובעבור ש"ט ויחרם לכם להם חלק מהריוח וראובן לא נכנס בשותפות רק בשבועות רחוקות ולא טרח להשתדל ולא לבא כמי שהתנה עם השותפין ופסק הרב ז"ל דלא יטול ראובן אלא כפי מה שטרח וכנגד השכר שהשכיר יע"ש · גם ראיתי בתשו' מהר"י אדרבי ז"ל סי' ס"א שנשאל על רו"ש שנשתתפו לזמן עשר שנים ובש"ח וכו' שכל זמן שהשטר יהיה קיים לא יוכל אחד מהם לומר שהוא פטור מחבירו ובתוך הזמן חלה ראובן חולי המעכבו מלעשות עסקיו אם יוכל שמעון להפריד השותפות והשיב כיון דראובן חלה חולי מתמיד ודאי דבכה"ג לא חלה השבועה מעיקרא וכו' דאומדנא דמוכח שכונת שותפותו של שמעון עם ראובן שיעסוק הוא עצמו בנכסים וכיון שראובן אינו יכול לקיים תנאו גם שמעון פטור משבועתו יע"ש והגם דנ"ד דהרב ז"ל הוא לפוטרו מלהשתתף עוד מ"מ מכח ראיותיו אנו למדים דכל היכא דלא נתעסק בעסק השותפות אין חבירו מחוייב עוד לקיים שבועתו דאדעתא דהכי לא נתחייב והדברים ברורים וכבר כתבתי דנ"ד מיגרע גרע טפי שהרי בחלה משמיא אנסו ליה ומאי ה"ל למיעבד והפי"ס פטרינן ליה לחבריה מחיובו ומשבועתו דאנוס רחמנא פטריה אמרינן אבל אנוס רחמנא חייביה לחבריה לא כ"ש וק"ו בנ"ד דליכא שום אונס דמה לו לקנות בית והא אפשר לו לשכור בית ולהשיא אשה לבנו בפחות שבערכין והוא הוא שהביא האונס על עצמו פשיטא דאין מקום לומר שחבירו יתחייב לתת לו חלקו בריוח אשר לא עמל בו ולא גידלו :

ויותר מזה אני רואה בדברי מהרא"ב בתשו' הנז' שכתב בתוך תשובתו נראה בעיני

דין

דין נכון וקרוב אל הדעת דמה שהרויחו האחרים בממונו אין סברא שיטלוהו כיון שהוא אנוס ופושע ולא היה יכול לטרוח אבל צריך לדקדק במה שכתוב בשאלה שהיה חבוש בבית האסורים אם היה אפשר לו לצאת בנקלה משם ולא יצא וכו' ע"כ אני אומר אם בנ"ד היה יכול לצאת מבית האסורים בנקלה ולא יצא לקיים שבועתו וכו' וה' יכפר בעדו ומ"מ בין כך ובין כך כיון דאינו פושע ומזיק כ"כ נ"ל לענין דינא מ"ש שיגבו מחלק השכר המגיע לו ש"ט כפי מה שישומו והשאר יתנו לו זה נ"ל שכך הדין עכ"ל הנה נראה ברור מדבריו היכא דהוא פושע ומזיד הגם שהם שותפים בממון אפ"ה אין מן הדין לשאר השותפים ליתן לו חלקו אפילו שירצה לזכות להם ש"ט ועמלם ולפי"ז בנ"ד שראובן הניח הסך הנז' שהפקיד עליו וגם להתעסק במכירת הסחורות הכלים מדמשק מיד חקנו ובשליחות חליפיהם ותמורתם והוא פשע בהסרת הקרן וגם לא שלח עוד מאומה לקנות סחורות הגם שיהיה באופן שנשאר ביד שמעון מקלת מהקרן כיון שפשע ראובן בהסרת סך גדול דנראה פשוט לעינים אין לשמעות לתת לו עוד מאומה מהריוח אפילו שיסכים לתת לו ש"ט וכהסכמת הרא"ב ז"ל וכן הכין מדבריו הרב דבר משה ז"ל בח"מ סי' כ"ו יע"ש :

האמנם כל לנגד דירי איני רואה סברא בזה דגם אם באמת פשע והזיד ולא נתעסק איך הלה יתעסק בממונו וירויח ואת הכל יאכל אפילו שירצה הלה לתת לו ש"ט · ולא עוד אלא שאני רואה דדברי הרשב"א ז"ל בתשו' הנז' שהבאתי מורים היפך זה שהרי כתוב בפי' בשאלה שראובן זה פשע שלא נכנס בחנות וכו' ואפ"ה לא זיכה לשותפים אלא בש"ט שויתרם להם לאה שידוע הדבר שלא ויתרה אלא ע"י שיתעסקו וזה שלא נתעסק איבד בויתור אבל כמה שהתנית לחלוק עמהם בריוח מעולם לא עלה דעת שום אדם שלא יקח ראובן שהרי אם היו מפסידין בעיסקא היו נוקטים ממנו כפי תנאם אלא כמה שפיא ויתרה מחלקם בעבור ש"ט ועמלם וזה שלא טרח אינו דין שיקח שויתור שהוא כנלע"ד ברור כדברי הרשב"א ז"ל וק"ל :

ואיך שיהיה בהא סליקנא ובהא נחיתנא בנ"ד דנראה כי ראובן הנז' כשאלה שאיש רעות עשה הרא דמשך קרנו כולו עד תומו כנר' מפשט דברי השאלה ועוד כי לא שב והתעסק עוד בעסק השותפות הא ודאי ברירא מילתא דהוי דינו כאילו נגמר זמן השותפות ואין קיום השטר שעדיין קיים מעלה ומוריד שכמי שנקרע דמי וכ"ש אם כנים הדברים שמוזכרים בשאלה כי רימהו חמיו וקפיד כ"כ לקרוע השטר כי אינונו ביד חמיו דהא פשיטא דקיומו לא חשיב קיום והוי כאילו עבר זמן השות' דכל היכא דאיכא אומדנא דמוכחא טובא דאדעתא דהכי לא נשתתף הרי מיעקרא השותפות לגמרי וכאילו אינו · ופוק חזי דוגמא לדבר מכח והוא מ"ש המרדכי פרק מי שהיה נשוי על ר"ש שנשתתפו להלוות ללוי וראובן נתן לו חלקו ואח"כ אמר בנוי שאין צריך יותר וכו' אבל אם אמר שמעון שלא ליתן חלקו אז שינה בענין השותפות ואיבד חלקו מן הריוח ע"כ ופסקה מרן בסי' קע"ו סמ"א ומור"ס שם בס"ז ע"ש הרי לך שכל שינה בשותפות נעקרה השותפות לגמרי ומינה אתה למד לנ"ד :

האמנם אמת אגיד דלא אוכל להתעלם עמ"ש מור"ס ז"ל בסעיף ט'ו ואם שינה ופשע תוך הזמן או עבר על תנאו אפ"ה אינם יכולים לחלוק אלא משלם מה שהפסיד ודלא כיש חולקים בזה מרדכי פ' מי שהיה נשוי פכ"ל דק"ט דאיך שבק דברי עצמו דהא הוא בסעיף ז' פסק לדברי המרדכי הנז' ולולי דברי מור"ס בנמשך אחרי דברי מרן בב"י שעשה פלוגתא בין דברי הרמב"ם ז"ל שהעתיק בש"ע סט"ו ובב"י כתב דנראה שהוא חולק אדברי מוהר"ם שהביא המרדכי פ' מש"ן הייתי אומר דמר א"ח ומר א"ח ול"פ והוא דהרמב"ם מיירי שהם בתוך ימי השותפות ועשה אחד מהם שינוי דדינו אם הרויח הרויח לאמצע ואם הפסיד הפסיד לעצמו והשותף האחר מחמת שינוי זה רוצה להפריד השיתוף אפילו בתוך הזמן ע"ז דן הרמב"ם שאינו יכול להפריד השותפות ועל מה שפשע יתקן ואם לא יוכל לתקן הפסיד לעצמו אבל אם עבר הזמן והוא מעוות שלא יוכל לתקון כענין נ"ד דמהר"ם שהלוו ללוי ע"ש שניהם וראובן נתן הכל מכיסו ע"ד ששמעון יתן לראובן חצי הממון שכבר נתן ותבעו ולא רצה ליתן וכבר פרע הלוי קרנא ופירי הא ודאי דלמפרע נעקרה שותפותם מעיקרא ופשיטא דאיבד פירות שעלה לו מן הלוי ובכה"ג יודה הרמב"ם · ואם כנים אנו בזה שהרי נראים הדברים דחזר בו מרן ממ"ש בב"י שהרי בש"ע סמ"א פסק לדברי מהר"ם ופסק לשון הרמב"ם ומוכרח דסבר דלא פליגי :

ומעתה בנ"ד שמשך הקרן שהוא שינוי גמור ועברו עשרים שנה ושמעון נושא ונותן בשלו מהיכן אנו יכולים לתקן דבר זה וכמה יודע הדבר כמה הפסיד שמעון ע"י דבר זה עד שנאמר לו לשמעון תתן לו הריוח העולה לו והוא ישלם מה שהפסיד ובהא ודאי דכ"ע יודו דאיבד הריוח העולה לו אבל לדברי מור"ס שפסק לשני הדינים וכתב דלא כהמרדכי פ' מש"ן צ"ע · והנראה ליישב על צד הדחק דכונת מור"ס שכתב ודלא כהמרדכי אינו על לשון מהר"ם שכתב אז שינה ונעקרה השות' דמשמע דבכל שינוי ושינוי אף שיוכל לתקן את אשר עיות מ"מ הרי השותפות נעקרה ומור"ס לא ס"ל הכי אלא דכל כמה שיש בידו לתקן לא נעקרה השותפות ולא יוכל השותף האחר להפריד השיתוף אבל בנדון מהר"ם בעצמו שא"ל לתקן ומחלוקתם על הריוח הדין דין אמת דאיבד חלקו מן הריוח כן נראה לע"ד ליישב לפי קוצר הנוסח וק"ל ·
הנלע"ד כתבתי · נאום

הצעיר

חיים מרדכי

לבטון

ס"ט

סי' ג'ל

שאלה ראובן ושמעון אשר מעולם אנשי שם יראי אלקים והם ראשי משפחות שעברו ביניהם דין ודברים על ענין חזקת שירות שהיא ידועה לראובן למשפחותיו מזה כמה שנים וזה שנים שנכנס שמעון שהיתה לו חזקת שירות ג"כ למשפחותיו בדרך אחרת ונכנס ושרת בשלו ובשל אחרים והנה כי כן עמד ראובן ותבע את שלו מיד ש' ועברו ביניהם טו"ת ודברי ריבות וכמה פעמים נכנסו ביניהם מתווכי השלום ויגעו למצא הפתח לעשות איזה פישור ביניהם וסוף כל סוף הסכימה דעתם לעמוד בדין וכאשר יורו המורים כן יהיה וכן יקום ועמדו שניהם ותריו ובירר כל אחד מהם ב' דיינים מגדולי הארץ והארבעה דיינים הבירורים מהשתי בתות בררו את הרב הגדול נר"ו היושב על המשפט לבלתי היות ב"ד שקול ועמדו בעלי הריב רו"ש הנז' לפני הה' דיינים וסידרו טענותיהם בעל פה וגם במכתב ובו בפרק עמדו הדיינים ונשאו ונתנו בדבר הלכה ולבסוף נפרדו איש איש למקומו לעיין בספרי הפוסקים לבא על הדין ועל האמת ואחר קצת ימים או עשור נתוועדו יחד שני הדיינים הנבררים מצד שמעון הנתבע והוציא הבורר האחד קצת ראיות שכתב לזכות את שמעון ונשאו ונתנו יחד ולא נתקבלו דבריו אצל הדיין האחר ואחר ימים כתב הדיין האחר קצת ראיות בתורה שכתב לזכות את התובע בדינו ומסר ראיותיו ליד הדיין הב' לראות העומדו דבריו או אם יש לו מה להשיב עליהם שוב אחר זמן נתוועד הדיין אשר כתב תחי' לזכות את הנתבע עם אחד מהדיינים הבירורים מצד ראו' התובע ונשאו ונתנו יחד בדבר הלכה ונחלקו בדבר כי דעת אותו הדיין הבורר מצד ראובן התובע שיש לו זכות בדינו והדיין הבורר השני אשר מצד שמעון איפכא ס"ל וארכו הדברים כמשלש חדשים ויהי היום נתוועדו יחד הה' דיינים ושלחו אחר הדיין ההוא לבא לידי גמר המשא ומתן בהלכה ולגמור הדין כפי אשר יסכימו כלם או רובם בדת של תורה ולא רצה לבא עמהם להוועד כי אמר דהלכתי לא גמיר' תלמודיה ואשתמוטי אשתמיט מיום אל יום סוף דבר הקו"ל נשמע כי הדיין ההוא סילק את עצמו מן הדין וההוא אמר כי אין חפצו ורצונו ליטפל עוד בדין הזה וכשהפצירו בו דאין זה מן הדין להסתלק ולעוות דינו של ראובן התובע ויפה כמשיב דיש לו מן הדין להסתלק יען כי אחד מבעלי הדין הוא בנו של שמעון הנתבע איים וגזם עליו יותר מנז"ס שבה ועשה ובה יוסיף אם יצטרף עוד עם הדיינים לגמור את הדין וטוען כי הוא בריא היזקא כי אחיו של הדיין הוא שכיר ושותף עם בנו של שמעון ואם יעמוד הדיין הנז' נגדו יעשה היזק לאחיו של הדיין ויאכל גם אכול את כספו אשר עמל בו ול"ו גדלו ואפי' שבלא ג"ש ונרשנו משירותו ולא עוד אלא שגם הוא מטי ליה היזקא יען כי יש לו אצל אחיו ממון ובזה יהיה לו הפסד ועפ"י מונח ויסוד זה בנה עליה דייק כיון דבנו של שמעון יש לאל ידו לעשות רע ואכתי לא נועדו יחד הה' דיינים לבא לפרק נגמר הדין הו"ל כמי שאינו יודע להיכן הדין נוטה ויכול לומר איני זוקק לכם ולא די לו בזה אלא שגם כפי הנתבעים לומר שכל הד' דיינים נפסלו מלדון דין זה אפי' אם ירצה הנתבע לברור בורר אחד לישב עמהם יען כי כבר איגלאי מילתא להתובע שדעתם לזכותו וכסיפא להו למיהדר לחייב את הזכאי לפי דעתם ובכל שכן שרובם כתבו ראיות לזכות את ראובן וקלא דלא פסיק שדעתם נוטה לזכות את ראובן ובהכי נפסלו לדין זה ועל כל הדברים האלה עלתה לצעקת ריב"ם זה אומר בכה וזה אומר בכה ועלתה אש המחלוקת וקטיגוריא בת"ח הללו אוסרין והללו מתירין ונמשך מזה דברים הדדיים דלא משמע להו לרבנן דהאי תיגרא דמי לבידקא דמייא וכו' גם מפי השמועה שמענו דאחז בסבך לומר דבכה"ג שישבו ה' דיינים לדון בדין זה לא שני ברמ"ך כי אם עד שיסכימו כלם לדין וא"כ לא ב"מ ולא מידי אפילו אם יוועד עמהם דבעינן הסכמת כלם וליכא ע"כ שמענו · והנה אנא מאן דאנא שבורר נ"כ אתו עמו מצד שמעון הנתבע ותחילה ורגש נשאנו ונתנו יחד בעיקר הדין ולא עמדנו ע"ד אחת וקשייא שיפא דבשהסכים ברעתו להסתלק ולאתי לריב עמו דאין זה מן הדין והוא גם הוא בחלקו'ת ושיא דדיבא הוא דיכול להסתלק מהטעמים האמורים אשר ע"כ נתתי אל לבי לדרוש ולתור בחכמה אם האמת אתו אם לאו ואל אלקים אשים דברתי ונתתי בדרך האמת לבל אכשל בדבר הלכה בי"ר וזה החלי בעזרת צור גואלי ·

תשובה הא"ל שיודע ועד כי צר לי מאד מפני המחלוקת אשר מעולם אני בורח ממנה כבורח מן הנחש כאשר נודע לכל באי שער עירי ובפרט היכא דאיכא חילול ה' ח"ו ע"כ ואמרו אין דין למטה כי הדין בזה"ז כחומר ביד היוצר אל כל אשר יחפוץ יטנו ומי כחכם יודע פל"ר לעמוד מנגד ההוא יקרא איש גבור חיל לא יקום מפני כל וזה לעומת זה ישיב ואפילו סובין באופן שנעשינו שיחה בפי הבריות אשר מעולם לא שמעתי ולא ראיתי כהנה וה' הטוב יכפר בעד · והנה לברר וללבן דין זה צריך לעמוד על כמה דברים שהם הנושא על שאלתינו :

הסעיף הא' אם יכול הדיין להסתלק אחרי שידע להיכן הדין נוטה מחשש סכנה אם לאו · ואת"ל דאם יש חשש סכנה יכול להסתלק האם יכול להסתלק מחמת היזק ממון אם לאו ואת"ל דבהיזק ממון אינו יכול להסתלק אם איתא דבריא היזקא בממון יכול להסתלק אם לאו ואת"ל דבבריא היזקא יכול להסתלק אי אמרינן בכה"ג נוגע איכא ול"ע אם לאו :

הסעיף הב' היאך מיקרי יודע להיכן הדין נוטה אי בעינן עד שיגמרו מליצא וליתן ויהיה דמ"ך ואי מיקרי יודע לסדי"ן או דילמא כיון שקרא ושנה הדיין ודעתו מכרעת לצד"ן שני העפ"י שלא גמרו מלשאת ולתת בדבר :

הסעיף הג' אם תמצא ומלא איזה מחלוקת או ספק בדברים הללו אי הוי ספיקא דאורייתא או ספיקא דרבנן וכ"מ טובא דס' של תורה להחמיר וספיקא דרבנן לקולא :.

והנה דין זה דב"ר שורשו פתוח בסוג' דסנהדרין פ"ק ד"ו ע"ב מימרא דר"ל שנים שבאו לפניך לדין אחד רך ואחד קשה עד שלא תשמע דבריהם או משתשמע דבריהם ואין אתה יודע להיכן הדין

הדין נוטה אתה רשאי לומר להם איני נזקק לכם שמא יתחייב חזק ונמצא חזק רודפו . משתשמע דבריהם ואתה יודע להדיין אין אתה יכול לומר להם איני נזקק לכם שנא' לא תגורו מפני איש ע"כ · וכתב רש"י ז"ל ה"ג ונמצא חזק רודפו רודף את הדין להפוך את הדין עפ"י קשה בעל מריבה ומטריח את הדיינים עכ"ד ולכאורה יש לדקדק על דברי רש"י דמה הכריחו לפרש כן ולא פירש דקשה היינו רשע ואלם והכי איתא בספרי שלא תאמר שמא יהרוג את בני שמא ידליק את גדישי שמא יקצץ את נטיעותי ע"ש הנה נראה דעת הספרי שלא ירא מהבע"ד להזיקו ואיך רש"י ז"ל פנה לדרך אחרת והנה ראיתי להרב בית חדש בח"מ סי' י"ב שכתב וז"ל ומשמע דלרש"י דלא מיירי באדם רשע פשיטא דבבע"ד רשע יכול להסתלק אף לאחר שיודע להדיין דאין לך דבר שעומד בפני פקוח נפש וס' סכנה והזק ממון והך דספרי לית הלכתא כר"א אלא כלשון ראשון דדריש בפתח שהם כאיש . כ' לדין וכו' והכריח רש"י דפליגי הני לישני מדקא' תלמודא א' רך ואחד קשה וא"א דקשה פי' רשע ואיכא ס' סכנת נפש או היזק ממון מאי א' רך וכל מי שאינו רשע אתה קורא אותו רך ע"כ דקשה פי' בעל מריבה ומטריח דיינים וכו' עי"ש והנה אמת הנה שרש"י ז"ל רב גובריה ורב חיליה מ"מ נראה דאין דקדוק זה שדקדק הב"ח כדאי לומר דפליגי הני לישני דספרי וכ"ש לדחות לישנא בתרא מהלכה ובפרט דחזינא בפסיקתא זוטרתי דתני לה סתמא בפ' דברים לא תגורו מפני איש אל תכניס דבריך מפני איש שלא תירא מפני פלוני שלא יהרוג את בנך ושלא ידליק את גדישך ושלא יקוץ את נטיעותיך ע"כ וגם אין סברא דנוקי דעת רש"י הפך מרוב הפוסקים שפי' חזק רודפו לדיין והיינו משום סכנה וכמבואר בהרי"ף גבי' דידן ובהרמב"ם פ"ח דסנהדרין ובהרא"ש וכמו שאבאר לקמן ובכל דוכתא קי"ל אפושי פלוגתא לא מפשינן

אשר ע"כ הנלע"ד דדעת רש"י דר"ל דקאמר א' רך וא' קשה היינו לאשמועינן דינא דרישא דקודם שתשמע דבריהם לא בעי' איש רשע ואלם עד שיכול הדיין להשמט מן הדין אלא אפי' מטריח הדיינין ובעל מריבה יכול להשמט הימנו אבל לאחר ששמע דבריהם וידע להדיין ל"מ בבעל מריבה שאינו יכול להשמט אלא אפילו ברשע ואלם אינו יכול להשמט וכ"כ בחי' המאירי דקודם שישמע דבריהם מאיזה סיבה שתהיה יכול להשמט שלא ליזקק להם ע"ש ובזה אפשר לומר דלדעת המפרשים דלא כרש"י מי שהוא בעל מריבה דוקא ואינו רשע הוי בכ' רכים דאינו יכול להשמט מהם אפילו קודם שישמע כמו שאבאר לקמן ומ"מ אינו מוכרח דאיך שיהיה בנ"ל דעת רש"י דלא כב"ח אבל מ"מ יש לדקדק על דברי רש"י דכל רז לא אניס ליה איך נעלמו מעיניו דברי התוספת' בפ"ק דסנהדרין ודברי הירושלמי שם שכתוב ונמצא חזק אויבו וכבר ראיתי להפ"מ על הירוש' שכתב זהו כפי' התוס' וכן הם דברי הרמב"ם עכ"ל ושמא דסבר רש"י דמ"ש בירוש' ובתוס' לאשמועי' דינא דסיפא דאפילו יהיה חזק אויבו ומבקש רעתו אסור לו להשמט והוא ז"ל פי' לרבותא דרישא דלא בעינן רשע ואלם עד שיוכל להשמט אלא אפילו בבעל מריבה וכמ"ש וק"ל · והנה פשיטא לי דלפרש"י אם שניהם רכים ואינם בעלי מריבה אפילו קודם שישמע דבריהם אינו רשאי שלא ליזקק להם וכמו שכן ראיתי למהרש"ם בתשו' י"ד סי' ק"ל שכתב כן אדברי התוס' וה"ב בכנה"ג בהגב"י אות כ' כתב עליו דהם דברים פשוטים ע"ש ואין ספק כי גם רש"י לא יחלוק על זה האמנם אם שניהם קשים ובעלי מריבה יש להסתפק אליביה דרש"י אם יכול להשמט אם לאו · אך הנלע"ד ברור דכיון דטעם שיכול להשמט מפני הקשה שמטריח הדיין להפך את הדין כיון שגם שכנגדו בע"ד קשה יסייענו לדיין וסוף סוף יעמוד הדבר על הדין ועל האמת והך סברא שכתבו התוס' לשיטתם בשנים חזקים שאם יעמוד שא' עליו הב' יסייענו יותר ניחא לטעמיה דרש"י דלטעמייהו דהתוס' יש מקום לומר שמא לא יסייענו או שמא לא יספיק לסייעו עד שזה יזיקנו ואיך שיהיה אין הדבר נוגע לעצם הבע"ד אבל אם טעם הקושי שהוא רוצה להפך הדין שזה נוגע לעצם הבע"ד שיהפוך את זכותו אין ספק שיעמוד מי שכנגדו עליו למסייע שיש בו מנוש ויעמוד הדבר על בוריו וכך הבין הב"ח בפשיטות בדעת רש"י וכתב דריא"ז וריב"א ורשב"א שכתוב בשנ"א דסברי דכשניהם חזקים אין הדיין יכול לשמט אפי' קודם שישמע דבריהם הוא משום דסברי כפרש"י ע"ש וכן ראיתי להרב זרע יצחק בחי' שסבין כן בדעת רש"י וכן נראה מדברי הרב רלוף אחבם עי"ש : ולדעתי הדברים ברורים עד שאני תמיה ממה שראיתי להדרישה שכתב ע"ד התוס' שכתבו והא דנקט אחד רך וא' קשה וכו' כלו' והשתא א"ש הא דנקט א' רך וכו' לאפוקי לפרש"י דלפי' אפי' שניהם חזקים שחזק שנתחייב יהיה רודף ויטריח את הדיין להפך את הדין דלא שייך לומר שהשני מסייעו עכ"ל וכן ראיתי להרב שנות חיים ס' משפטים דפ"ב שב' בפי' הדרישה יע"ש ולדידי אחרי נשיקת עפרות רגליהם אין דבריהם כ"ל ואדרבא הסברא יותר נותנת דהך סברא שכתבו התוספות יותר מכוונא אליבא דפרש"י ודוק :

והנה שאר גדולי הראשונים כלם פירשו דלא כרש"י ופי' חזק רודפו לדיין והם הם הדברים שכתובים בירוש' ותוספתא וכן היא גירסת הרי"ף אשר לפנינו וכ"כ הרמב"ם וביאר הדבר בהרחבה כמ"ש בספרי שלא תאמר פ' רשע הוא שמא יהרוג וכו' והוסיף לכתוב שלא תאמר פ' רשע הוא לאשמועינן דאעפ"י שהוא מוחזק לרשע אסור לו להשמט וכן בסמ"ג בלאוין ר"ז פי' חזק רודפו לדיין וכן כתב בחינוך פ' דברים והביא לשון הספרי ע"ש וכן פי' הר"ן בחי' וכ"כ התוס' ואני כבר כתבתי למעלה דלע"ד רש"י ל"פ אבל הני רבוותא דמורם להו דאם כבר שמע וידע להדיין אסור לו להסתלק אפילו דאיכא סכנה אלא לדידי דרישא אשמועינן דאפי' בבעל מריבה יכול להסתלק קודם שישמע וידע להדיין וכן כתב הטור סי' י"ב והאריכו במסך מרן בש"ע · האמנם תיבת דשניהם שוים אם שניהם רכים הא פשיטא דאפילו קודם שידע להדיין אסור לו להשמט מהם אי איהו בר הכי והגיע להוראה דהלכ"ה

דהלא"ה אמאי נקט ר"ל א' רך וא' קשה ליתני סתמא ומשמע דכולהו כ"ח שוים כדינם אלא ודאי דהיכא דשניהם רכים חיובא רמיא לדונם כדין דיין שידע לסדין וכ"כ מהרשד"ם י"ד סי' ק"ל וכתב הכה"ג דהם דברים פשוטים עי"ש וזה דלא כהרב ראש יוסף בהגה ד' שעלה ע"ד לומר דאפילו כשניהם רכים שיכול להסתלק יע"ש אלא שהרב ז"ל עצמו ביטל דעתו מפני דעת התוס' ז"ל יע"ש:

האמנם אם שאני מסתפק לדעת שני רבותא אם יהיה שהוכן דשניהם אינם רשעים ואלמים אלא דאחד מהם בעל מריבה ומטריח לדיינים אי הוו כדין שניהם רכים ממש ואסור לו להסתלק דהא לדידהו לא שרינן אלא כאחד רשע ואלם אבל אם אין שום אחד מהם רשע לא איכפת לן כמה שהוא בעל מריבה או דילמא דהאי שפי' א' קשה היינו לדוגמא דסיפא אצטריך דאם כבר ידע לסדין אפי' שא' רשע ויירא להזיקו וכמ"ש בספרי אין לו להסתלק אבל לדוגמא דרישא מודו דבעילה כל דהו יכול להשמט וכמ"ש המאירי ולד הא' כ"ל יותר וכעת צ"ע. ומעתה מ"ש הכה"ג על דברי מהרשד"ם דהם דברים פשוטים לע"ד דשפיר אשמו' חידוש דהיכא דשניהם רכים ר"ל דאינם רשעים ואלמים אעפ"י שאחד מהם בעל מריבה ומטריח הדיין לא איכפת לן ומיקרו שניהם רכים ואסור לו להשמט מהם:

והיכא דשניהם חזקים כלומר רשעים ואלמים ויש לאל ידם להזיק לדיין הנה כתוב בכנ"ה משמיה דריב"א ורשב"א והא"ז דאפי' קודם שישמע דבריהם אינו רשאי לומר איני נזקק לכם וכתב עלם מרן שכ"י וכן נראה מדברי התוס' ע"כ וכן מוכח מדברי הר"ן בחי' וכ"כ רמ"א בהגה והלבוש והדרישה וכ"כ בתשו' מהרשד"ם חו"ד סי' ק"ל וכ"כ הכנה"ג ז"ל בחי' סנהדרין הנקרא אמרה ותמה על מהראנ"ח וכ"כ השכות יע' בח"א סי' קמ"ג וחלק על הב"ח יע"ש גם מהריק"ש בקונט' כ"כ בשם י"א וק"ק עליו שכ"כ בשם י"א מאחר דכל לקחת הפוסקים פסקו כן ובאמת שבדברי התוס' אעפ"י שכתב מרן שכן נראה מדבריהם מ"מ הרואה ירא' להב"ח שכתב שדברי התו' סובלים ב' פירושים וכ"כ מהרש"א בס' רלוף הסכם יע"ש וכן יש עוד לפרש בדבריהם שבאו לאפוקי מני' דהרי"ף שהביא הר"ן ז"ל ופיה בי' בה"ג דקי"ג יע"ש דברים שמא יתחייב רך ונמצא חזק רודפו ופי' להרך לנוגשו ועכ"כ כתבו פי' לדיין לאפוקי אותה גירסא ומ"ש כדמוכח בתר הכי היינו מדהביא עלה קרא דלא תגורו דאיירי ביראת הדיין על עצמו א"כ מדקאמר בתר הכי שמא יאמר הדיין מ"ל ולצרה הזאת דקאי אכולהו והנה לגי' הזאת דהרי"ף שפיר נקט א' רך וא' קשה דעיקר החששא שמא יתחייב הרך וא"כ בב' חזקים ליכא הך חששא ומש"ה לא נקטיה אבל לגי' התו' דחזק רודפו היינו לדיין לחזיקו וא"כ יש מקום לומר דה"ה כשניהם חזקים או כ"ש הוא דמת"כ ירא הדיין דאיזה שנתחייב יזיקנו וא"כ למה נקט אחד רך וא' קשה ולזה כתבו התוס' דהא דנקט א' רך וכו' דאם שניהם הם חזקים השני יסייענו וכל זה כיודע להדיין אבל קודם שידע להדיין יכול הוא להשמט וסו"ר לחכנה"ג בס' דינא דחיי לאוין

ר"ז וגם בתשו' שפי' כן ע"ש אבל שאר כל הפוסקים שזכרתי נראה פשוט מדבריהם דהכי ס"ל וכן רכים עתה ויותר מזה דברי מהראנ"ח בתשו' סי' קכ"א הם תמוהים שהביא דברי התוס' ופי' שני פירושים בדבריהם כמ"ש הב"ח וכתב על הפי' האחר שהוא כמו שהבין מרן בדעת התוס' אך כתב בסוף דבריו אבירה שלא נמצא חילוק זה לשאר הפוסקים ע"ש ותמה עליו הרב כנה"ג בחי' וגם בשכנה"ג אות דאיך אשתמיט מיניה דברי הנ"א שכ"כ משם ריב"א ורשב"א והא"ז ע"ש ולי נראה ליישב בדוחק דפשיטא ליה להרב דמ"ש ריב"א ורשב"א כן היינו משום דסברי כפרש"י וכמ"ש הרב ב"ח ולכן כתבו דב' חזקים דהיינו בעלי מריבה ודאי שהשני יסייענו שהרי הדבר נוגע אל עצמו כמ"ש למעלה אבל לשאר הפוסקים שהבינו דמלת רודפו לדיין לא נמצא חילוק זה האמנם מ"מ אכתי הדבר קשה שסתם הדברים כ"כ ועוד איך לא ראה דברי רמ"א בהגה שכ"כ על דברי מרן בש"ע שדבריו מבוארים בשאר הפוסקים שפי' דלא כרש"י שאמנם בעת לא ידעתי אם כימי מהראנ"ח כבר עלו וכאו דברי רמ"א על מזבח הדפוס אם לאו:

אכן ראיתי להרב גבעות עולם בתשו' סי' א' שהביא דברי מהראנ"ח וקושיית הכנה"ג ועוד שקשה דמנ"ל למהראנ"ח דבנ"ד ב' קשים צד שעמד בזה בחילוק הפירושים של התו' ומכח זה הטה דעת מהראנ"ח לדרך אחרת והוא שלפי מה שפירש מהראנ"ח בחי' בדברי התוס' דבשנים חזקים עכ"פ לא מצי לישמט מהם נראה דה"ה כשניהם רכים כיון דליכא חשש החזק רודפו ועל דרך זה כתב שלא נמצא חילוק זה לשאר הפוס' דאף הנ"א לא אמרו אלא בשניהם חזקים והכי דלא לוסיף עלה ואף שמהרשד"ם ז"ל ס"ל דנפיק במכ"ש וכן דעת כה"ג מ"מ מהראנ"ח לא סבר הכי ולפי פי' השני שכתב מהראנ"ח בדברי התוס' שכונתם לו' דאורחא דמילתא נקט בש"ס אבל לדינא אם לי אחד רך וא' קשה אם לי שניהם חזקים דינם שוה כתב דסבר מהראנ"ח דה"ה בשניהם רכים יעש"כ:

ואחרי נשיקת עפרות רגליו אמהני וסיהך השית סברא זרה למהראנ"ח בלתי שום סברא וראיה שנאמר דמ"ש הנ"א דהיכא דב' חזקים אסור לו להשמט והכי הלא לוסיף עלה כשניהם רכים והדברים ק"ו כמ"ש הרשד"ם והכנה"ג ועלה על הדעת לתת טעם וסברא לזה שלא תהא זאת והפוכה כמו רגע והוא דבשלמא בב' חזקים רגלים לדבר השמטת הדין היא מחמת יראה שלא ישים אל לבו הב' מסייעו דשמא לא יסייענו או דחיים למאי דביני ביני ועל זה כבר אמרה תורה לא תגורו מפני איש שאסור לו להמנע מן הדין מחמת יראה אבל כששניהם רכים הלא כאן ליכא דיראה בלל אפשר דמותר לו להשמט אבל מ"מ ליישב דברי מהראנ"ח שסתם הדברים כדברי הספר התחום אין מקום ליישבן ועוד דלקמן נבאר דכל שעדיין לא ידע שדיין להיכן הדין נוטה ליה כאן ל"ת דלא תגורו ואפילו בב' חזקים החמירו הפוסקים שחייב ליזקק להם אפילו קודם שישמע דבריהם אינו ומכח ראות כזה ל"ת כי אם מחמת מ"ע לדון בדין טוען ונטען והיכא דאחד רך וא' קשה מיתחייא עמה משום שמא

יהיה

ויהיה המזיק רודפו אבל בב' מזיקים דהב' יסייענו לא מירתת וא"כ בין ב' קשים בין ב' רכים ליכא ביה כי אם עשה :

ועוד אפשר לי לומר דהאי דכתבו הג"א בשם ריב"א ורשב"א וא"ז דבב' מזיקים אינו רשאי לישמט ולומר איני נזקק היינו משום דהוו גרסי כגירסת הרי"ף שהביא הר"ן דגרים שמא יתחייב רק ונמצא חזק רודפו להרג לנונשו ומזה נראה ודאי דאם היו ב' מזיקים דליכא הך טעמא חייב ליזקק להם אבל היכא דירא הדיין על עצמו שמא ירדפנו אינו חייב ליזקק כי אם אחר שישמע דבריהם וידע להיכן הדין נוטה וגם לגי' זו דגרים הרי"ף אינו חולק על שאר הפוסקים בדין שיפא שכבר ידע להיכן הדין נוטה אלא שדעתו כשאר הפוסקים דאם כבר ידע להר"ן אפילו דאית ביה סכנה אין לו להשמט ואתי גי' אחרינא לן לקודם שישמע דבריהם דבעילא כל דהו מותר לו להשמט וכמ"ש המאירי וכמו שכתבתי לעיל על דברי רש"י. ובעת מלאתי ראיה לדברי מדברי הנמ"י שכתבו עמ"ש הרמב"ם שמא יתחייב הקשה ונמצא רודף אחר הדיין פרש"י להפוך את הדין והא דנקט תלמודא אחר רך וכו' שאם שניהם חזק גם כוח שוה מסייע לדין חורה עכ"ל. ולכאורה ק' איך שכיוון פרש"י ז"ל על דברי הרמב"ם והם רחוקים מאד דהרי הרמב"ם קרי באיל דאפי' מוחזק לרשע והיכא סכנה שמא יהרוג וכו' אסור לו להשמט משא"כ לרש"י דפירש קשה בעל מריבה ומעריץ הדיינים ומשמע דוקא בבעל מריבה אסור לו להשמט אחר שידע להר"ן אבל היכא דאיכא ס' סכנה מותר והנמ"י עירבו שיטת רש"י עם התוס' והרמב"ם ז"ל והשוים כולם לכוונה ולפי מה שכתבנו א"ש דסברי הנמ"י שרש"י אזיל ומודה לדינא דאחר ששמע וידע להר"ן אין לו להסתלק אפילו היכא דאיכא ס' סכנה אלא דרש"י אשמועינן לתחילת הדין דקודם שישמע דבריהם אפילו בבעל מריבה מותר לו להסתלק ולדעתי גם דעת הרי"ף כגי' זו כן ואין שום מחלוקת בין הפוסקים בכ"ל. גם מדברי הנמ"י שהביאו פרש"י אדברי הרמב"ם לתרצו דס"ל כדעת הרמב"ם דקודם שישמע דבריהם לא בעינן שיהא הדיין ירא משום סכנה עד שישמט אלא אפילו אם יהיה הבע"ד בעל מריבה דוקא יכול להשמט ומ"ש הרמב"ם חזק רודפו לדיין אפילו אם יהיה רודפו להפך הדין וכבר הב' שכתבתי למעלה וכזה אין ביניהם כמלא נימא וכלהו מודים זה לזה ודוק :

וראיתי להב"ח שכתב וז"ל והג"א אינו אלא לפרש"י כדפירשית וכך מפורש בהנמ"י ודלא כמו שהבין הרב בהגה דאף אי איכא סכנת נפשות חייב ליזקק להם בב' חזקים דליתא עכ"ל והרואה יראה שאין שום זכרון לדברי הג"א בתוך דברי הנמ"י כלל אלא שעל דברי רש"י הביאו הך סברת התוס' שאם היו ב' חזקים דהיינו בעלי מריבה הב' יסייע לדיין וזה אשר כתבנו לעיל בשם רש"י דלא כהדרישה ושבות חיים וא"כ דאפשר לו' דמאן דמפרש מילתיה דר"ל דפי' קשה היינו אלם ורשע דאינו יכול לומר איני נזקק אלא כאחד אלם אבל אם היה גם שכנגדו אלם השני מסייעו ולא יוכל לו' איני נזקק ואפשר שיהיה דעת הג"א כן וגם כדעת הרמב"ם דס"ל דהיכא דידע להיכן הדין אין רשות

להסתלק אפילו כדאיכא סכנה אפשר דסברי הנמ"י כרפי' דקודם שידע בעילא כל דהו יכול לומר איני נזקק ואפשר דסברי דלפי' זה קודם שידע דוקא היכא שאחד אלם אבל אם שניהם אלמים חזר הדין כאילו ידע להר"ן שאעפ"י שכתבתי למעלה ויש לומר דלא פליגי וכלהו מודו זה לזה לדינא מ"מ כל זה לפלפולא בעלמא ולא מפני שאנו מדמין לעשות מעשה להקל בשל קודם שהרי מצאנו דעת רבים מהפוסקים כאשר זכרנו למעלה שהבינו דהיכא דב' חזקים אפילו היכא דאיכא סכנה אינו יכול להשמט אפילו קודם שישמע דבריהם ושיא היא דעת מרן שעל דברי הטור והרמב"ם שפי' קשה ואלם הביא ס' הג"א ואחריו נמשך מור"ם וסמ"ע וכ"ה דעת הר"ן כתי' ועיין להרב גדול הדור האחרון בברכ"י שכתב דפי' דברי התוס' נראה עיקר כמרן ומהר"ם וריב"א ורשב"א הן הם חכמי התוס' וכן נראה עיקר לדינא :

והיכא שכבר שמע הדיין טענותיהם וידע להר"ן נראה דעת כל הפוסקים דאפי' היכא ס' סכנה כבר אינו רשאי לישמט ועל זה באה האזהרה לא תגורו והכין איתא סוגיין דעלמא וברייתא דספרי ולשון הרמב"ם שלא תאמר איש פ' רשע הוא שמא יהרוג וכו' ונראה מדבריו שאפילו אם הוא ידוע ומוחזק לרשע אסור לו להשמט מחמת יראה ודבריו מוכרחים דאין אומרים אל תירא כ"א במקום שראוי לירא כמ"ש בנדה דס"א ע"א. ואי בסתם אדם אין מקום לירא והיאך אתיא לומר כן לא שבקת חיי וגם דלאו כל כמוניה להחזיק לבע"ד כמעשה רשע כזה שמא יהרוג וכו' אם לא המוחזק לרשע ואלם ובהכי קודם שידע להר"ן יוכל להשמט ואחר שידע אינו רשאי להשמט ולא מצינו מי שחלק שיהא היכא ספק סכנה כי אם להב"ח שכתב שכן הוא דעת רש"י ופסק כוותיה וכבר כתבתי לעיל ע"ה מה שנ"ל ואיך שיהיה אנן בדידן אין לנו אלא דברי מרן ז"ל שנמשך אחר דברי הרמב"ם והטור שפי' לישנא דקשה שהוא רשע ואלם וכל זה הוא אפילו היכא דאיכא ס' סכנת נפש וכ"ש וק"ו היכא דליכא אפילו היזק ממון, ולדעתי הוא האמת דאפילו ספק ליכא :

והנה אצטרכה לי לבאר לישנא דפסיקתא שכתבתי לעיל דתניא התם לא תגורו מפני איש אל תכנים דבריך מפני איש שלא תירא מפני פלוני שלא יהרוג את בנך וכו' והנה יש לדקדק אמאי איצטריך לומר שלא תכנים דבריך מפני איש ופי' לא תגורו מלשון אוגר בקיץ וכמ"ש בסנהד' ר"ז אליבא דר' חנין דדריש לה הכי כיון דכתב"ד אמר שלא תירא מפני פ' וא"כ קרא אתי כפשטיה שהוא לשון יראה וברייתא זו הרכבים לקרא אתרי ריכשי ובשלמא הסיא דר' חנין דאיתא בש"ס אתייא לדרשא דריב"ק דדרש לתלמיד שיושב לפני רבו וכו' ושכיא קרא דלא תגורו וכו' וקאמר עלה רבי חנין אל תכנים דבריך מפני איש וכבר כתבו התו' שם דבכי רש ועשיר לא שייך לשון יראה וכו' אלא לא תכנים וכו' אבל האי ברייתא דדריש לה לי' יראה כפשטיה אמאי איצטריך לומר דאל תכנים וכו'. והנה ראיתי להרי"ף ז"ל בנוסחא שלפנינו שכתב שמא יתחייב חזק ונמצא חזק רודפו לדיין אבל משתמע

משתמע

משתשמע דבריהם וכו׳ שנא׳ לא תגורו ואמר ר״ח אל תכנים וכו׳ ע״ש וקשיא עליה כי קושיין דלדידיה דפי׳ לא תגורו מלשון יראה הא לא איצטריך לדרשא דר״ח וכבר ראיתי כתי׳ אנשי שם שכתב אדברי הרי״ף וז״ל בגמ׳ אינו מביא דברי ר״ח בכאן אלא אדברי ריב״ק שאחר זה וכן בהרא״ש וכ״מ מהתו׳ עכ״ל גם מרן ז״ל בכ״מ פכ״ב דסנהדרין את״ם כ׳ שבאו לפניך לדין שהיא מימרא דר״ל וכתבה מרן סיים בלשונו ואמר ר״ח אל תכנים דבריך וכו׳ ע״ש וכתב מהרש״א הביאו הרב שפתי חכמים פ׳ משפטי׳ וז״ל ודברי הכ״מ אינם מובנים שכתב אהא דב׳ שבאו לדין וכו׳ ואמר ר״ח וכו׳ והא דר״ח לא נאמרה בכך וקשה דהתם לא תגורו הוא כפשטיה כיון דוס קשה ע״כ ולא זכר מר דכ״כ הרי״ף בהלכות והיא ליטנא דפסיקתא :

והנ״ל ליישב בעיקר הקושיא והוא נכון דמוכרח להביא הא דר״ח הכא אע״ג דקרא כפשטי׳ שהוא לשון יראה דבלא״ה הוה שמעינן פשטא דקרא דאתא לומר שלא ירא ויזכה את החייב ויחייב את הזכאי מחמת יראתו ואע״ג דאית לן קרא אחרינא לא תטה משפט הו״א דאתא קרא להוסיף לאו במטה מפני היראה אבל בנמנע מן הדין מחמת יראה זו לא שמעינן ומוכרח להביא הא דר״ח דדרש לא תכנים דבריך וכו׳ דמרבי קרא ואפיק האי יראה בלשון לא תגורו לאשמועינן דלאו ליראה לזכות את החייב קאמר אלא גם בהכנסת דברים שהם נמנע לדון כיניסם מחמת יראתו עבר בלא תגורו וזהו שהקדים בפסיקתא ודריש תחילה אל תכנים וכו׳ שעיקר האזהרה באה על המניעה מלדון וז״ש שלא תירא מפני פ׳ שלא יהרוג וכו׳ ומפני כך תמנע עצמך מן הדין וזהו דעת הרי״ף והכ״מ דצריכא וצריכא דרשא דר״ח להא דר״ל והדברים ברורים דמהכרח זה הבינו הרי״ף והכ״מ דמאי דאייתי ש״ס ההיא דר״ח קאי גם לדר״ל וק״ל :

ומזה תראה שמ״ש הרב משמרת שלום שהביאו אחיו הרב דינא דחיי לאוין ר״ז וז״ל עוד הזהירנו שלא נירא מאדם רע ומבע״ד קשה ובזה נמנע עצמינו מלומר האמת אחר ששמע טענותיהם וזה אומרו לא תגורו מפני איש ואמר ר״ח אל תכנים דבריך מפני איש עכ״ל ודבריו נכונים וכאשר כתבתי והם מכוונים לדברי הפסיקתא והרי״ף ומרן בכ״מ אכן הרב אחיו ז״ל שם כתב עליו ודבריו אלו לקוחים מדברי הכ״מ ולא דק וכו׳ דלא אמר ר״ח כן אלא על האי דרשא דתלמיד שיושב לפני רבו וזה ברור עכ״ל · ואחרי כע״ד יפה כיון הרב אחיו ז״ל וכדאיתא בפסיקתא והרי״ף וטעמו ונימוקו עמו כאשר כתבתי ומ״ש שם ליישב דברי הכ״מ אחרי כע״ד אין זה מן היישוב · ברם כל זה הוא דלא כתו׳ שכתבו דגבי רש ועשיר לא שייך לשון יראה וכו׳ נראה דכונתם לומר דהא דר״ח לא צריכא אלא לדרשא דריב״ק אבל לר״ל אתייא לא תגורו כפשטיה והרב תורת חיים כתי׳ כתב על דבריהם ותימא דא״כ מאי ראיה מייתי מקרא דלא תגורו והא קרא סתמא כתיב ומנ״ל לחלק בין קודם ששמע דבריהם וכו׳ לאחר ששמע וידע להר״ן אימא אפילו קודם לכן כמו אינו רשאי וכו׳ לכך נראה דהא דר״ח אתרוייהו קאי והרי״ף ז״ל גרם לה אהא דר״ל וכו׳ והשתא א״ש דמוקי ליה לקרא אחר שידע להר״ן ובכה״ג שייך שפיר למימר לא תכנים דבריך כיון שהוא יודע הדין והוא מכניסו ואינו מוציאו וכו׳ אבל קודם ששמע אינו מכנים שום דבר עכ״ל והנה מ״ש בזה דמינה ילפינן דוקא כשיודע להר״ן כ״כ הרב הלבוש וכ״כ הרב שבות חיים שם אבל אין זה תימא על התו׳ דאפשר דס״ל כמ״ש הסמ״ע דמסיפיה דקרא שמעינן זה דכתיב כי המשפט לאלהים הוא ואין זה משפט אמת גמר דין א״כ כמ״ש הט״ז דכ״ז שלא שמע לא מיקרי דיין ולא שייך עליה קרא דלא תגורו ע״ש ולע״ד נראה דר״ל יליף דהא דלא תגורו מיירי אחר ששמע וידע להר״ן מסדורא דקראי דכתיב ואצוה את שופטיכם בעת וכו׳ שמוע בין אחיכם ושפטתם צדק וכו׳ לא תכירו פנים וכו׳ לא תגורו משמע דלא תגורו אחר ששמע דבריהם דאי מיירי קודם ששמע ואתי קרא לחייב שישמע דבריהם הו״ל להקדים לא תגורו מפני איש ואח״כ שמוע בין אחיכם ואתייא כפשטיה שלא יגור מלשמוע דבריהם אלא שישמע אלא ודאי מדאחריה קרא ש״מ לאחר שישמע וידע קאי דומיא דלא תכירו וכו׳ כנ״ל או י״ל דדרש ר״ל הכי מקרא דכתיב ולפני התגלע הריב נטוש והכי איתא בתוספתא פ״ק עד שלא נתגלה הדין אתה רשאי לנטשו משנתגלה הדין א״א רשאי לנטשו ר״ל אומר ב׳ שבאו לדין א׳ חזק ואחד רך וכו׳ ונראה דתחילת דרשו המקרא ולפני התגלע הריב נטוש ואייתו עליה ההיא דר״ל דמההוא קרא יליף הכי כנ״ל

עוד ראיתי להרב דינא דחיי שם שכתב וז״ל ולא ראיתי להרמב״ם והרב המחבר ז״ל שביארו שהאי לא תגורו שפי׳ לא תכנים דבריך כמו שפי׳ בגמ׳ ושמא וכו׳ שסוברים שעיקר הפי׳ כדברי ר״ל דהכי הוי פשטא דקרא ואין צורך למה שפירש בו ר״ח עכ״ל · והנה הרואה יראה שבתוספתא ובירוש׳ ובכל מקום שהוזכר הך דרשא דתלמיד שיושב וכו׳ הוזכרה דרשא דרבי חנין ובפסיקתא הובאה אדר״ל כאשר כתבנו ולמה לנו לעשות מחלוקת ללא צורך וכ״ש כי נראה ברור דגם לדרשא דר״ל מוכרחים אנו להך דרשא דאלת״ה הו״א דוקא בירא ומזכה את החייב הוא דקאמר קרא וכמו שכ״כ החינוך פ׳ דברים וז״ל ואם בעם ג״כ מיראתו עבר על לאו זה מלבד שעבר על לאו דלא תטה משפט עכ״ל והו״א דדוקא בהכי הוא דאתא ומדרשא דאל תכנים שמעינן דאפילו בנמנע ומשתמט עובר וק״ל :

עוד כתב הרב ר״ד שם אגי׳ הרי״ף שלפניו שכתוב באת ותחייב רך ונמצא חזק רודפו וכו׳ ולא ידעתי לפי גי׳ הרי״ף איך יתיישב הפי׳ שאומר לא תגורו דמשמע דהדיין אזהר רחמנא שלא ירא מבן אדם ושמא וכו׳ ע״ש · ולכאורה נראה דלפי גי׳ זו לא דריש ר״ל לא תגורו לשון יראה אלא כדר״ח שהוא לשון אגורה שהרי תכף שהביא הרי״ף מימרא דר״ח אדר״ל שאמרם לפי׳ ענ״ד דלא צריכא ליה אלא שגם לפי גי׳ זו תורה הרי״ף דאחר שידע הדיין להר״ן אינו רשאי להסתלק וקאי

עלה

עלה כלא תגורו אפילו היכא דאיכא ס' סכנה דלא יכתיב הרי"ף דרשא דספרי ופסי' אלא דלפי' גי' זו מהני קודם שישמע דבריהם אפילו עילה כל דהו להשמט וכמ"ש המאירי ואחר שישמע דבריהם וידע להד"ן אסור לו להשמט אפילו היכא דאיכא סכנה וקאי בלא תגורו שאזהרו שלא יירא ומאי דהביא דברי ר"ח הוא כמ"ש שלא נאמר דוקא כמטה משפט הוא דכתיב ולא כמכנים דבריו ושותק קמ"ל וק"ל :

והנה נשאר לנו לברר שכל מה שכתבנו הוא בדין יחידי וכעת נבאר בדין ג' שהם ב"ד שישבו לדון וכבר ידעו להיכן הדין נוטה אם יכול אחד מהם להסתלק ובאין ס' אצלי שאם שלשתם רוצים להסתלק מחמת יראה הרי אלו עוברין בלאו דלא תגורו אמנם הספק הוא אם אחד מהם יכול להסתלק והן אמת דמשמע לי מן הסברא שאין שום אחד יכול להסתלק דהא אם יסתלק האחד נתפרדה חבילה שגם השנים האחרים יוכלו להסתלק דהא אדעתא דתלתא יתבי ומי יכריח להשנים לגמור הדין שהרי כיושב עמהם וגומר את הדין לזכות את הזכאי ולחייב את החייב כדמ"ך אם יאמר שיחיד אני מזכה וחבירי מחייבים הרי זה עובר בלא תלך רכיל וכ"ש וק"ו אם יסתלק כלל ויאמר להם שהם יגמרו וידו לא תכון עמהם דודאי שהוא עובר בלא תלך רכיל ואם יאמר שהראשון רשאי להסתלק ולא הב' הנשארים לקתה מדה"ד דמאי חזית ואם שרית לכלם להסתלק בזה אחר זה הרי גרע ב"ד של ג' מיחיד הדן אלא ודאי דהסברא נותנת ומכרחת שאין שום אחד יכול להסתלק :

והנה בהג"א פ"ק דסנהדרין כתוב משם הא"ז דג' שישבו לדין וסילק האחד את עצמו קודם שידע היכן הד"ן אין השנים יכולים לגמור הדין וכו' כיון דעיקרא אדעתא דתלתא יתבי וכו' ע"כ · ומרן בב"י סי' י"ב כתב וז"ל מדברי הג"א נראה דג' שישבו לדין ואחד מהם רוצה להסתלק אינו רשאי אלא קודם שידע להד"ן ע"כ ובסי' י"ח בב"י העתיק דברי הג"א בכתבם ובלשונם וגם בש"ע ס"ד פסק דבריהם להלכה וז"ל ג' שישבו לדין וסילק אחד מהם את עצמו אין הב' יכולים לגמור הדין עכ"ל ולא חילק בין אם יודעים להד"ן אם לאו ולקמן נעמוד עליו בע"ה · ואיך שיהיה דעת מרן דאין אחד מהשלשה יכול להסתלק אחר שידע להד"ן אלא דוקא קודם שידע ונמצא דין אחד הדין יחידי ודין אחד המצטרף עם הב' לדון דין אחד לפי שכשניהם אינו יכול לו' איני נזקק אחר שידע להד"ן · מיהו הרואה שרמ"א בד"מ והב"ח חלקו על מרן ז"ל בדין זה וכתב עליו הב"ח ותימא שהרי לא כתבו ההגהות לשם אלא שאם סילק את עצמו קודם שידע להד"ן אין השנים יכולים לגמור הדין הואיל דמעיקרא אדעתא דתלתא יתבי וכו' אבל אם ידעו להד"ן מותר לגמרו בב' וכדאיתא בסוף ע"ז כדשיימי בי תלתא אפילו תרי מנו תלתא אבל לענין סילוק אפשר דיכול להסתלק אפילו יודע להד"ן ויגמרו אותו הב' כיון שאין מסתלק מחששא שמא יהיה החזק רודפו וכן תפס עליו רמ"א ע"כ וכן כתב בסי' י"ח יע"ש ואחר דבריהם נמשך הש"ך סי' י"ח סק"ה יע"ש · ואיך שיהיה כשאני לעצמי קשה לי בקושיין אם לפי דבריהם

חייבים הב' הנשארים לגמור את הדין דאם חייבים לגמור ואין להם בית מנוס להשמט מן הדין היא גופא קשיא דהראשון יהיה מותר להסתלק והנשארים אסורים התמהה ואם גם הם יכולין להסתלק בזא"ז הא נמי קשיא דנימא דיחיד הדן אסור לו להסתלק והג' מותרים בזה אחר זה :

האמנם נראה ברור דלא חלק הרב ב"ח אלא במסתלק מחמת טירדא או טעם אחר אבל במסתלק מחמת יראה שהוא חושש שמא יהיה חזק רודפו גם הוא מודה וכמ"ש בסי' כיון שאין מסתלק מחששא שמא יהא החזק רודפו ונמצא לפי זה דין היחיד הדן ודין א' מהג' שוים דגם ביחיד הדן אינו אסור אלא במסתלק מחמת יראת הבע"ד שכבר הזהירה תורה לא תגורו אבל במסתלק מחמת ד"א לית לן בה וה"ה א' מהג' אם מחמת ד"א יוכל להסתלק וגם הב' הנשארים אם רצו יסתלקו ונתפרדה החבילה אך אם מחמת יראה לא יוכלו להסתלק גם הוא גם הם דכל חד מינייהו איתיה באזהרה דלא תגורו · ומעתה אפשר לי לומר דגם מרן אינו חולק בזה אלא יען דדברי הג"א בלאו אסוגיין דמיירי במסתלק מחמת יראה כתב עליהם מרן דמדבריהם נראה דאין הא' יכול להסתלק אלא קודם שידע להד"ן והרי לא מצאנו חילוק בין יודע להד"ן לבין אינו יודע להד"ן אלא במסתלק מחמת יראה דאחר שידע קאי בלא תגורו משא"כ קודם והשתא דאתינא להכי אפשר דליכא שום פלוגתא ביניהם :

האמנם אם יהיה האופן דהדיין השלישי אין דעתו מסכמת עם הב' בדין ולהכי הוא רוצה להסתלק אם יוכל מן הדין להסתלק כיון שאין כן דעתו או דמוכרח הוא מן הדין לחתום עמהם אף אם דעתו שהם טועין בדין · והנה הרואה יר' בתשו' הרב שבות יעקב ח"א סי' קל"ז בב"ד בדיין שישב עם ב' יושבי קרנות דלא גמירי ולא סבירי ורבו עליו אי דיינים דין כדכתיב אחרי רבים להטות אם לאו והאריך בתשו' והעלה דהדין קיים והיכא דקבלו עליהם בעה"ד אפילו אם יהיו ב' שאינם מהוגנים הדין קיים יע"ש וכ"ש וק"ו בן בנו של ק"ו בדיינים גמורים ומובהקים וקבלום בעה"ד עליהם ואף שבסי' קל"ח התיר בב"ד להדיין לומר איני יודע להוסיף דיינים מ"מ על הסילוק שנשאל לא השיב עליו כנראה שלא התיר אלא לומר איני יודע וה"ט בגוונא דב"ד דהכא כי הרי לא חזו ולא מידי בעלי קרניים אבל אם יהיו ב"ד בעלי הוראה אפילו איני יודע אסור לו לומר וכ"ש להסתלק ופוק חזי מ"ש מהר"ם ז"ל בתשו' הרמת"ם בא' סי' נ"ן בתוך התשו' וז"ל אבל שיצאו מאותו הכנסת מחמת שהם רוצים לקיים דעותיהם ולבטל דעת הרבים שיפך גזרת התורה הו"ל כמו הדיינים שנתוועדו ושמעו דברי הבעלי דינים וכשנחלקו בדעותיהם באותו דין וראו המועטים שרבו דעות החולקים עליהם קמו והלכו להם ולא רצו לקיים גזרת אחרי רבים להטות שהם עוברים במ"ע דאחרי רבים להטות עכ"ל גם בתשו' מוהר"ם זכות סי' ל"א כתב בתחי' התשו' פליאה דעת ממני להבין ולהשכיל על מה נסמכה פרשת זה הדיין החולק הממאן לחתום פסק שני חביריו וכו' כיון דב' גמרו דאין כאן הוספה וסוף לא רצה לשאת ולתת עמהם לאו כל במיניה להקל מדעתו כמ"ע

כמ"ש מן התורה ולהכניס עצמו בכלל המחזיק במחלוקת נגד רבים שנתבאר דינו בי"ד סי' של"ר שמ"ד עכ"ל. וכבר אתה רואה גדולה מזאת למרן ז"ל בתשו' בס' אבקת רוכל סי' י"ט וסי' ך' מפיו לפידים יהלוכו. והקוקין דנורא בפלוגתיה עם הרב המבי"ט שלא רצה לחתום בפסקא דדינא ושם כתוב מאחר שהסכמת עלינו את הבע"ד לשטן למרוד בנו שלא כדין ולא יקבל את הדין אם לא יראה חתימתך מוכרח ומחוייב אתה לחתום כדי לסתום פי שטן ואל ישטין עלינו וכו' ועוד כשהשגנו עליך למה עברת על לא יאמר אני הוא המזכה הכחשת המוחש ואמרת לא אמרתי דבר לבע"ד ומה אמירה גדולה מהיות נמנע מלהוועד עם הדיינים לגמור הדין וכו' ע"ש. גם בריש סי' ך' כתוב מאחר שהוכרחנו שלשתינו לדיינים מי התיר לשום אחד לומר לבע"ד אני מזכה אותך וכ"ש לתת בידו פסק שיש לו להוועד עמנו יחד ולשאת ולתת כדין ומה שיעלה עפ"י הרוב יאמר בשם כלם מדבריהם נודבה פ' כנראה שהבאת משנת לא יאמר אחד מהם אני הוא המזכה וכו' עיי"ש והרואה יראה דהפרש רב ורחוק מעובדא דנ"ד לעובדא דאיפלגו בה מרן והמבי"ט כאשר עין כל רואה תחזינה מישרים וגם בההיא עובדא גופא הנה נשאל עליה הרדב"ז ז"ל והובאו דבריו שם בסי' כ"א והסכים לדעת מרן ז"ל וז"ל ולענין לכוף את החכם המחייב לחתום בפס"ד הפוטרים אומר אני שאם מניעת חתימתו גורמת לביטול המעשה חייב לחתום שהתורה אמרה אחרי רבים להטות ואם חתימתו אינה מבטלת המעשה אין כופין אותו לחתום כיון שאין חתימתו מעלה ומוריד לענין המעשה עכ"ל גם הרב חות יאיר בתשו' סי' קמ"ז נשאל אם יכול אחד מהדיינים למנוע מלחתום על פס"ד שאומר שחביריו טעו ורבו עליו והדבר ברור לו שאין הדין כן ואיך יחתום על שוא ושקר וכתב בתשו' ואחר שאין לו טעם נכון כגון שידע שהיה איזה עילה וקבלת שוחד וכו' ראוי לענוש הדיין המונע לחתום מלבד מה שכופין אותו שהרי בזה הוא הולך רכיל וגרע טפי מאומר אני מזכה וכו' וגדול מנשוא עונו של דיין זה ואם מלי הדיין לעשות כן יהיה דבר הרגיל ומעשה בכל יום וירבו המחלוקות בישראל שלא על הרוב אין הנ' מסכימים וכו' עוד נ"ל פשוט דאפילו עדיין לא נפסק פס"ד וזה אומר אינו מסכים ואיני רוצה לחתום ואפילו דן מב"ד ראוי לעונש מטעמים הנ"ל ואלו הב' גומרים ופוסקים הדין מבלעדי הדיין וכו' ולא מלי היחיד לעשות חדש ושערורים בשליחות דברים לב"ד אחר או בתוספת דיינים וכו' עיי"ש ואל יאמר האומר שאין הדברים אמורים אלא בשכבר נשאו ונתנו יחד ונעשה רמ"ך והוא אינו רוצה לחתום באומרו שטעו אבל אם לא ירצה מעיקרא לישא וליתן עמהם לית לן בה לא תאמר לו דזיל בתר טעמא שכל הטעמים שכתב הרב שייכי גם בזה שהרי יוודע להבע"ד שהוא מזכה וחבריו מחייבים וגרע טפי מאומר כמ"ש הרב וה"נ עובר בלא תלך רכיל וכו' וגם הוא עובר במה שדרשו בו שלא תהא רך לזה וקשה לזה וגם שעי"ז ירבו המחלוקות בישראל שיהיה דבר הרגיל ומעשי' בכל יום שבסבירא הדיין שדעת חבריו נוטה מדעתו לא יבא ולא יהיה עמהם במשא ומתן של גמר דין ויתבטל הדין מאליו וגם הבע"ד סמוך לבו לא ירא דאיכא גברא רבה דקאי כותיה דאדם קרוב אצל עצמו ומקלו יגיד לו ובזה נהרסו דיני תורתינו הקדושה וביטל הדיין מ"ע שאמרה תורה אחרי רבים להטות וכבר כתב הרמב"ן ז"ל בס' המצות שלו בשורש א' בהוראת איסור שחולק על הרוב וסומך על דעתו בעשה ז"מ כי נלוו הוא שלא ישתוו הדיעות וכו' ויש עליו לבא לפניהם ולומר טענותיו ושם ישאו ויתנו עמו ואם הסכימו כלם בביטול הדעת ההוא ושיבשו עליו סברותיו יחזור וינהוג כדעתם אחרי כן אחר שסילקו אותו ועשו הסכמה בטעותו ומ"מ חייב הוא לקבל דעתם אחר הסכמה על כל פנים ע"ש והרב חק"ל ז"ל בח"א חי"ד האריך הרחיב בדין יחיד החולק עם רבים בהוראה ע"ש בסי' פ"ד דקכ"ז ע"ד וז"ל עוד נ"ל ראיה דאף למתיר האיסור חייב לעשות כרבים וכו' ואין להשיב ממ"ש רש"י בפ' לא תהיה אחרי רבים לרעות אם ראית רשעים מטים משפט לא תאמר הואיל ורבים הם וכו' וא"כ נימא דלהתיר האיסור לדידיה שהוא יודע שהם טועים הוי רבים לרעות זה לא קושיא שהרי בפי' כתב אם ראית רשעים מטים משפט דהיינו שיודע בודאי שהם יודעין הדין ומטין משפט מפני אהבת זוכאי או משום שוחד אבל מן הסתם דכשרים הם אף אם טעו לדעתו לא חשיב רבים לרעות וחייב לשמוע ולהטות הדין על פיהם נגד דעתו וזה פשוט עכ"ל:

והנה הדיין ההוא שבא עליו שאלתינו פליג עם הרבים חקרתי תחילה בעיקר הדין של החזקה והקים עלינו את הבע"ד למרוד בנו שלא לקבל עליו את הדין ועינה את דינו של התובע שן יצעק ולא יענה שאין ביד שאר הדיינים לגמור את הדין כי מי שומע אחרי שומעו שיש זכות תולה לו ומי יוכל לדון עם מי שתקיף ועוד שניה בענין סילוקו שלדעת שאר הדיינים אסור לו להסתלק והוא עבד עובדא בנפשיה וסילק עצמו הפך דעתם ואף שבאמת פטרה וקיבן קלא מהת"ח והתירו לו להסתלק במחילה בבורה לא יפה עשו ובפרט בשעה מועטת דנו את הדין וכגון דא צריכא רבה תלמוד גדול וס' הטוב. וכפר כי הוא השיא דברים עליהם שאם לא יסתלק יהיה לו הזק ממון מן הבע"ד וגם שהוא לא ידע היכן הדין נוטה ובאם שההזק ממון דקאמר הוא מניעת הריוח ישתקע הדבר ולא יאמר ואם יאמר שהזק ממון מהקרן הוא דקאמר מלבד דלענ"ד אין זה דרך מוציאתו מידי איסור כאשר אבאר עוד זאת שבעל המחשבות הוא יודע אם לעקל אם לעקלקלות ודי בזה:

והנה מרן הב"י בסימנין מהו' א' הביא לנו תשו' הרשב"א והיא בת"ב סי' שמ"ד על אחד שאיים לב"ד שלא יטפלו בדינו וכו' אין זה מציל את הב"ד להזדקק לתובע שאם הוא מפחידם לעשות עמהם שלא כדין שמה אין בידו כח ומפחידם בדברי הבאי ועוד שא"כ יהיו כל אדם עושים כן שאין לך אחד שלא יוכל להזיק וא"כ אין הגדולים נידונים לעולם ותורה אמרה לא תגורו מפני איש ע"כ וכתב עלה מרן ז"ל ונראה שטעמו מפני שהיו ב"ד ממונים לרבים וכל שהוא כן חייב ליזקק אפי' לבע"ד

קשה

קשה וכדברי הרמב"ם ז"ל עכ"ל ופשוט דק"ל למרן דבכ"ר דהרשב"א עדין לא שמעו טענותיהם ולא ידעו להר"ן וכל כי האי מותר הדיין להסתלק אפילו מפני היראה וניחא ליה משום דהוו ממונים לרבים וכה"ג חייבים ליזקק אפי' קודם שישמעו טענותיהם כיון הכתי יש לדקדק בתשו' הרשב"א דנר' דתרי טעמי שכתב הרב הם סותרים זה את זה דתחלה כתב שמא אין בידו כח ותפחידם כדברי הבאי ושוב כטעם הב' כתב שאין לך אדם שלא יוכל להזיק וכו' והרי זה סותר שקודם · והנלע"ד כפי' דבריו דכטעם הא' כתב דאין זה מציל לבכ"ר מחמת האיום שעשה להם שאפשר שאין בידו לעשות הרעה אשר דבר ועוד אפילו את"ל דיש בידו לעשות רעה אפרת דאדם מועד לעולם ואין לך אדם שאין בידו להזיק איזה הזק מה אע"ג דלא מצי עביד מאי דגזים ואמר מ"מ ניחוש להיזקא אחרינא ע"ז קאמר דאם באנו לחוש לכך לעולם לא יהיו הגדולים נידונים דיוקר יש לאל ידם לעשות מאחרים וכבר אמרה תורה לא תגורו :

וראיתי למהרש"ר ז"ל בח"מ סי' שע"ח בכ"ר על לוי שקבלוהו אביו ובע"ד רוצה לדון בגויהם ואח"כ אמר אביו כמה פעמים שאם יפסוק עליו בנו איזה דבר יקח אותו מנכסיו או ינכה לו מחלק ירושתו וכו' אם יכול לוי ליתן ליבורים בע"ד של אביו בהעלם דבר מאביו אעפ"י שהשביעו שלא יעלים ממנו וכתשו' הרמ"ש הביא סוגיין והביא תשו' הרשב"א הנז' וכתב עליו שיש לדקדק שיש הפרש בין טעם הא' שכתב לטעם הב' שכפי טעם הא' משמע דדוקא היכא דהוי שמא אין בידו כח אבל היכא דאמרינן דחייב להטפל אף בודאי יש בידו כח לשזיקו או פטור ומן הטעם הב' נראה דבין ודאי יש בידו כח ובין ספק חייב הדיין להזקק אם ידע שיכן שהדין נוטה או כממונה אעפ"י שלא ידע דאל"כ אין הגדולים נידונים לעולם · וכפי טעם הא' שיש אפשר לומר בכ"ר דהוי ודאי שיש בידו להזיקו שזה הדיין יכול להסתלק כי אפשר לו' דלא אמרינן לא תגורו אלא היכא דלא בריא הזיקא אבל היכא דבריא היזקא לא וכמו שאנו אומרים לענין ביעור חמץ דאע"ג דקי"ל שלוחי מצוה אינן נזוקין היכא דבריא היזקא שאני · ועוד אני אומר שאפשר שהרשב"א ב' טעמים יחד קאמר אחד אין לו כח ועוד נ"ב שא"כ נמצא לא יהיו הגדולים נידונים לעולם ועוד אפילו שיהיה לבע"ד כח מטעם שלא יהיו הגדולים נידונים חייב הדיין להזקק אלא ודאי תרי טעמי יחד הם המחייבים לדיין להזקק ואם חסר אחד מהם פטור וא"כ נ"מ היכא דבריא היזקא אינו חייב להזקק וכו' א"כ בכ"ר אם ירצה הדיין דבריא היזקא נראה דיכול להסתלק ומ"מ קשה שא"כ יפסיד זכותו בע"ד שכנגדו וקשה מאד לכן נ"ל שיש בידו לעשות כל האפשר כדי להציל עשוק וכו' עכ"ל :

ובעניי לעצמי דברי תשו' זו כמה נפלאו ממני דאיך למד הרב מטעם הא' שכתב הרשב"א דהיכא דבריא היזקא מותר לו להסתלק ולא זכר כי מדברי שסיפרו ופסקה הרמב"ם אין נראה כן שהרי אין לשון יראה אלא במקום שיש לו מקום ליראה דהיינו במוחזק לרשע ואלם וכמ"ש הרמב"ם ואפילו הכי אסור להשמט ואם ישיב דלא אמרו בספרי אלא שמא יהרוג וכו' דמשמע דוקא בשמא ולא בבריא מי שמכיר לו בכ"ר דבריא היזקא דילמא גזים ולא עביד ואם ואמר דכל שיש בידו כח לעשות מיקרי בריא היזקא ובכ"ר הרי בידו לעשות לנכות לו מחלק ירושתו מלבד דכגון דא ליכא רבה דאפשר דזה מיקרי מניעת הריוח דאכתי הוי דבר שלב"ל ואינו ברשותו ואם מה שהגזים ליקח אותו מנכסיו מי יאמר שיכול ליקח מנכסיו ועוד דגם במוחזק לרשע לכאו' נראה דהוי בריא היזקא כי מרשעים יצא רשע ואפי' הכי אסור לדיין להשמט · ועוד ק' איך תפס הטעם הראשון לעיקר דאם יש בידו כח להזיק מיקרי בריא היזקא ומותר לו להסתלק שהרי מטעם הב' שכתב דאין לך אדם שלא יוכל להזיק וא"כ לא יהיו הגדולים נידונים לעולם משמע אפילו שיש כח בידו לעשות איזה הזק דאין לך אדם שלא יוכל להזיק אעפ"י כן מטעם שלא יהיו הגדולים נידונים חייב להזקק גם מה שהביא ראיה ממאי דמצינו בענין ביעור חמץ שאמרו היכא דבריא היזקא שאני אחרי בע"ר לא ידעתי מה דמות יערך כ"ר לביעור חמץ דשאני התם דמדאורייתא בביטול בעלמא סגי ורבנן הוא שהצריכו ביעור ואפשר לומר דלא העמידו דבריהם במקום היזק משא"כ בכ"ר דהוי ל"ת דאורייתא ואפילו בדאו' יש לחלק ממצות עשה לל"ת וכמו שמבואר בי"ד סי' קנ"ז יע"ש וכ"ש וק"ו למילף ל"ת דאורייתא ממ"ע דרבנן וזה לא שמענו מעולם והרי בל"ת חייב ליתן כל ממונו ולא יעבור וכמ"ש הראב"ד והרשב"א הובאו דבריהם בב"י א"ח סי' תרנ"ו ופסקה מור"ם שם בהגה יע"ש ודבריו צ"ע :

גם מ"ש ועוד אני אומר שאפשר שהרשב"א שני טעמים יחד קאמר וכו' ועוד שאפי' יהיה לבע"ד כח מטעם שלא יהיו הגדולים נידונים חייב הדיין להזקק אלא ודאי תרי טעמי יחד הם המחייבי' וכו' עכ"ל ואם הדברים אלו ככתבן אין להם נוכן ולא סדר ולא ידענו מהיכן הכריח בודאי דתרי טעמי יחד הם המחייבים ואם חסר אחד מהם פטור · והנלע"ד דהיסור ויתור לשון יש בדבריו וכצ"ל ועוד אני אומר שאפשר שהרשב"א ב' טעמים יחד קאמר אחד אין לו כח ועוד נ"ב שא"כ נמצא שלא יהיו הגדולים נידונים לעולם ואין פי' ועוד דקאמר ועוד שאפילו יהיה לבע"ד כח מטעם שלא יהיו הגדולים נידונים חייב הדיין להזקק אלא תרי טעמי יחד הם המחייבים לדיין להזקק ואם חסר א' מהם פטור ובהכנס זו יהיה לשון הרב מתוקן ומקושר יפה אבן עכ"ז לא ידעתי מי הכריחו לזה לפ' כן כדברי הרשב"א ולפולא דין מחודש דאדרבא פשיטא דלישניה דהרשב"א מוכח דבדרך את"ל קאמר כמש"ל חדא דשמא אין בידו כח לעשות מה שהפחידם ואת"ל דבמה שהפחידם אין בידו כח אבל בהיזקא אחרינא אית ליה והרי הוא ככל אדם שלא יבצר מהיות יכול להזיק באיזה אופן שיזדמן תחת ידו והו"ל לו' שיכול להסתלק פן יהיה לו איזה היזק וע"ז קאמר דא"כ לא יהיו הגדולים נידונים לעולם ואיך הרב ז"ל פנה לדרך אחרת להקל שאמנם עכ"ז שכתב הרב אין ללמוד מדבריו בשום דוכתא להקל וכמו שחזר בו את"ך והקשה שא"כ יפסיד זכותו הבע"ד שכנגדו ולכן כתב שיש בידו לעשות כל מאי דאפשר להציל

להליל עשוק דון מינה היכא דליכא תקנתא ומפסיד הבע"ד זכותו יודה הרב ז"ל דאסור לו לדיין להסתלק:

עוד ראיתי לעורר בדברי מהרשד"ם בתשו' זו שהנה כ"ד כבר לוי המקובל לדיין כיניהם שמע טענותיהם וידע להד"ן והוא הוא דינא דש"ס דידן ודירושלמי ועליה קאי קרא דלא תגורו וכמ"ש הטעם הלבוש והסמ"ע והט"ז והנך בעניותין לעיל והדרכא כד דייקינן שפיר עיקר קראי בממונים לרבים נינהו שהרי כתיב הבו לכם אנשים וכו' ואתן אותם ראשים עליכם וכו' ואצוה את שופטיכם וכו' שמוע בין אחיכם וכו' לא תגורו מפני איש ואעפ"י כן דייקי מן קראי דדוקא היכא דכבר שמע וידע להד"ן הא לאו הכי לא ולא מצינו חידוש זה כי אם מדברי הרמב"ם ז"ל שחידש דבממונה לרבים חייב להזקק אפילו קודם שישמע דבריהם ואין זה כי אם מן הסברא דאל"כ יהיה העולם חרב כי כל איש קשה אין שום דיין נזקק לו וכמ"ש הב"ח ע"ש וגם הרשב"א בתשו' הלז בטעם השני שכתב שא"כ לא יהיו הגדולים נידונים לעולם ובהכי ניחא שלא הביא הרשב"א בכ"ד ההיא דסיפרי שלא תאמר שמא יסרוג וכו' דהיא היא כ"ד שהבע"ד איים והפחיד לדיינים והו"ל לאתויי עלה האי מימרא דסיפרי האמנם יען כי האי מימרא לא נאמרה אלא על עניינא דאיירו ביה קראי בידע הדיין להד"ן משא"כ בכ"ד דעדין לא נשמעו דבריהם לדיינים ואין זה כי אם מן הסברא שהניח הרב דא"כ לא יהיו הגדולים נידונים לעולם מעתה מה שלמד מהרשד"ם כ"ד שהדיין כבר ידע להד"ן מההיא דהרשב"א דאיירי עדיין בתחי' הדין לע"ד קשה לזווגם וכ"ש שהניח טעם הב' של הרשב"א ותפס טעם הראשון ואם ישיב הרב שטעם הב' שכתב הרשב"א לא שייך אלא בממונה לרבים דאין גדול ממנו משא"כ באינו ממונה דיכול להסתלק ויאמר שיבא הדיין לפני הממונה ובנ"ד אינו ממונה לרבים ולא שייך האי טעמא דא"כ לא יהיו הגדולים נדונים לעולם אף אתה אמור דיותר נראה דנ"ד דהרב ז"ל הוי דאורייתא ממש ועליה קאי קרא כיון שכבר שמע וידע להד"ן וכמ"ש משא"כ בכ"ד דהרשב"א הגם כי היא סברא גדולה וחזקה סוף סוף חידוש הוא ולא דמו. ומעתה עתה חראה מ"ש הרב כ"ח בתחילת דבריו וז"ל כי נ"ל פירש"י עיקר והיכא דאיכא סכנה יכול להסתלק אף לאחר שידע להד"ן וזריז ואינו נענש דלאו דל"ת אינו אלא שלא לסכנים דבריך מפני בעל מריבה אבל בחשש סכנה נפשות ושייך ממון לא איירי קרא עכ"ל. ושם בסוף בלשון על הא דממונה לרבים כתב וז"ל ומשמע דאף לפירש"י בממונה לרבים מודה דחייב להזקק אפילו היכא דאיכא חשש דספק נפשות וכו' ע"כ הדבר תמוה איך עשה הרב העיקר טפל והטפל עיקר הבידע להד"ן פטור מחשש סכנה ול"מ אלא שאפילו בהזק ממון מפטר ובממונה לרבים כתב דחייב לפירש"י אפילו היכא דאיכא חשש סכנה דנפשות ולכל הפחות יהיה דינם שוה ודבריו צ"ע:

מיהו ראיתי להרב ראם יוסף שהנה לדרך אמית בטעמו של הרשב"א בתשו' זו וכת' דשאני כ"ד דהרשב"א מדינא דש"ס דשם מיירי בדין אחר דמדאורייתא קלתא בעינן ומש"ה יש לחלק דבימיד אם כבר קבלוהו ושמע וידע להד"ן אינו רשאי להסתלק אבל שלשה דיינים דמדאורייתא נינהו מש"ה אף קודם שישמעו דבריהם חייבים להזקק להם ועליהם הוא הומר לא תגורו עכ"ד והגם דמילי דסברא נינהו מ"מ נראה שאין זה דעת מרן ז"ל מדהוצרך לאוקי תשו' זו דאיירי בממונים לרבים משמע הא לאו הכי לא ולשיטתיה דיין יחידי וב"ד של ג' שוו בשיעוריהן דאם אין ממונים בעו' עד שידעו להד"ן ובממונים אפילו יחיד הדיין וכמ"ש הרמב"ם ופסקו מרן ז"ל וק"ל. מיהו נראה דאע"ג דטעמים של מרן כדעת הרשב"א הוא טעם בעיקר וכ"כ מהרשד"ם בתשו' הנז' וכי"ד סי' ק"ל מ"מ את זה ראיתי להרב לשון ערומים ז"ל ד"ן ע"א שכתב דשאני כ"ד דהרשב"א מדינא דגמ' כי כ"ד דהרשב"א מוכחא מילתא דמשום יראה הוא דנסתלקו שהרי הבע"ד איים וניזם והפחידם והתורה אמרה לא תגורו משא"כ בדינא דש"ס דלא מוכחא מילתא שהיא משום יראה שהרי לא איים לב"ד ואדרבא נכר מתוך מעשיו דליית דינא שבא לב"ד אמטו לשכי יכול להסתלק קודם שידע לסד"ן דאיכא למיתלי במילתא אחריתי ולא עבר על לא תגורו אלא היכא דידע לסד"ן עכ"ד גם הרב נכעות עולם כד"כ ע"כ כתב דבכ"ד דהרשב"א דגם שלא בא עדין לב"ד הרי הוא חייב משום מה שאמר שאינו רוצה לבא לדון עם חבירו והפחיד את הדיין על זה א"כ בזה הפרע עצמו כבר שמע הדיין טענתו וידע הדין שהוא חייב וצריך לעשות לו דינו ולא לירא ממנו מפני פחד הסר וכו' יעש"כ ונראה ודאי דלא פליג מרן על זה מדאוקי לתשו' הרשב"א בממונים לרבים ולא נתן טעם דהשיא משום דאיים על הב"ד דמרן ז"ל דאתם עינו בתשו' הרשב"א דמיירי שאותם הב"ד היו ממונים לרבים ולא אצטריך תו לחפש טעמים והא קי"ל דאפושי פלו' לא מפשינן ובפרט דדבריהם נכונים דבמה שאיים הבע"ד נראה ברור דלא ניית לדינא והרי ידע הדיין בזה לשיכן הדין נוטה דחייב לעמוד עם חבירו בדין וכתורה יעשה ואם הדיין ישתוק ויסתלק מיראתו הרי עבר בלא תגורו ודון מינה בכ"ד שכבר קבלו עליהם ובררו כל אחד ב' דיינים ע"מ לבדר מכריע וכבר בררו וטענו לפניהם ובעת שאיים על הדיין שלא יבא ויצטרף עמהם לגמור את הדין הרי הבין וידע הדיין בבירור גמור שהוא מעביר על חבירו הדין ואיך יוכל הדיין להסתלק ולהחזיק ביד עוברי עבירה דלא לייתי לדינא וכמ"ש הרבנים הנז'. ולא עוד אלא דנראה דבכ"ד מיקרו אלו הדיינים ממונים לרבים שהרי ידוע ומפורסם שכל הוראות איסור והיתר ודינין שבין אדם לחבירו והמוחזק לא יוכחש שהם גדולי העיר ולא יש גדולים מהם ובעת שהדיין נסתלק לא יוכלו שאר הדיינים לגמור הדין וכמ"ש הרשב"א בתשו' ח"ב סי' ק"ד הביאם מרן סי' ב' מחודש יו"ד ואחרי שכל הדיינים הגדולים שבעיר לא ידונו ביניהם מי יוכל לכוף את הנתבע ובפרט אחר שכבר שמע וידע דדעת אותו הדיין שהוא זכאי בדינו הא ודאי דלא יאבה שמוע. וכ"ש דהרב מיירי דאתרא נר"ו שהוא ממונה לרבים לדון בין אדם לחבירו והוא הוא אשר בררוהו הדיינים הי"ו להיות מכריע ביניהם ונודע

בעודנו

בעירנו זאת כי כל בעלי דין אשר ירצו לדון ביניהם עפ"י ב"ד של ג' יבררו להם הרב מ"ד נר"ו עם ב' מקחשם ופוק חזי להרב גבעות עולם בסי' א' בב"ד בה' שישבו יחד לבדוק סכין לשוחט וא' מהם רצה להסתלק וכתב שנ"ל שאינו יכול להסתלק חדא שנראה שלא יש בקיאים אלא אלו החמשה. אנשים והנה שישנו עוד בקיאין נראה שאלו הם הבקיאים הגדולים שבתוך העיר וא"כ הוא יש להם דין הממונה לרבים וכו' והטעם הוא ודאי שאם הדיין הגדול שבעיר לא יזקק להם מי הוא אשר יזקק להם אוף הכי בב"ד וכו' עכ"ל וב"ד דמי ממש לנדון של הנב"ע כאשר יראה הרואה ואם יאמר הדיין שהוא עצמו אינו מהממונים לרבים כי מעט מן המעט אשר ישב עמהם לדון ולהורות הא ג"כ לא מהניא ולא מללא כיון דס"ס ע"י סילוקו אין יכולים השאר לגמור הדין משום דנתפרדה החבילה הו"ל כאילו נסתלקו כלם מן הדין ואיכשו ממונים לרבים כיכשו שאין גדולים מהם ואם הם לא יזדקקו מי יזקק להם. וביוצא בזה כתב מהרא"ח בסי' קכ"א וז"ל ואין לומר דס"ד בדיין שהדין נגמר על פיו וכו' אבל בנדון זה שאין גמר הדין תלוי בידו וכו' זה אינו דכיון שאם יעמוד בפני המכריע יגמר הדין וע"י השמטה שהוא משמיט עצמו אין הדין בא לידי גמר א"כ מ"ל הא מ"ל הא הרי לקתה מדה"ד בכך עכ"ל והרי זה מבואר ומבורר כמו שכתבנו דאפי' אי והיכנא ליה שיטתיה דלא מיקרי ידע להיכן הדין נוטה משא"כ האמת. כאשר נבאר לקמן אפ"ה כיון דהוו ממונים לרבים לא בעינן שידע לפר"ן ואפי' קודם שישמעו דבריהם חייבים ליזקק להם וכ"ש וק"ו דשמעו וידעו פשיטא דאין שום א' יכול להסתלק והדברים ברורים :

ומעתה אסור'ם נא ונראה דאת"ל דאיכא למימר היכא דאיכא סכנה יש רשות לדיין להסתלק אי נימא נמי כדאיכא היזק ממון דוכא הכי הם לאו. והנה כבר הבאנו לעיל תשו' מהרשד"ם דסבר למימר הכי וכתב דאם יראה הדיין דבריא היזקא נראה דיכול להסתלק אלא שקשה הדבר שא"כ ויפסיד זכותו הבע"ד וכו' האמנם זאת מצאתי למור"ם ז"ל בסימנין שכתב על דברי מרן שפסק הסיא דא' דן ואחד קשה וכו' וז"ל וכן אם היו שניהם תקיפים צריך ליזקק להם ויש מי שכתב דמכל מקום נוהגים עכשיו שלא למחות בעוברי עבירה משום שיש סכנה בדבר שלא ימסרנו למלכות ע"כ והרב הלבוש ביאר הדברים ביותר וז"ל ומ"מ בזה"ז שנתרבו המוסרים ויש לדיין לחוש מפני סכנת מסירות יש אומרים שיכול הדיין להשמט אפילו הממונה לרבים ואפילו שניהם תקיפים שאין מוטל על הדיין לסכן נפשו פן ימסרנו למלכות או לשרים עכ"ל ומקור דברים אלו נובעים מדברי מהרי"ו סי' קנ"ז שכתב כן ע"ע מצות תוכחה שאין אנו מוחים ואיך אנו יוצאים י"ח והשיב דאם היינו מוחים בידם איכא למיחש לסכנה וכו' והא דאמרו מי שיש בידו למחות וכו' הייני היכא דליכא סכנה וכו' ומ"מ אם חייב אדם להוציא ממון על זה ונראה דאינו חייב וראיה מדאמרינן בפ' בן סורר וכו' יע"ש ופסקה מור"ם בי"ד סי' ס"ס שנ"ה יע"ש וגם בסי' קנ"ז ס"א יע"ש :

והנה אמת שיש לעמוד על דברי מור"ם בסי' זה דהיך יליף מדברי מהרי"ו להקל. הרי מדברי הספרי והפסיקתא שאמרו שלא יאמר שמא יהרוג את בני וכו' ופסקה הרמב"ם שאפי' במוחזק לרשע דינא הכי וא"כ היך נסמוך על מהרי"ו נגד הספרי והפסיקתא ודברי הרמב"ם ואין סברא לומר דחשש מסירות תקיף ואלים יותר מהסיא דספרי ופסיקתא דשמא יהרוג את וכו' שמא ידליק את גדישי שמא יקוץ וכו'. וראיתי להב"ח ז"ל שהביא הא דכתב מהרי"ו ותמה עליו מהא דספרי ומדברי הרמב"ם ותירץ שני תירוצים יעש"ב ואני תמה עליו דמה לו כי יצעק עם מהרי"ו שהרי דבריו לא נאמרו אלא דוקא במ"ע דתוכחה ושפיר קאמר היכא דאיכא לחוש למסירה יש לבטל מ"ע אבל בענין הדין דאית ביה ל"ת דלא תגורו וחייב לאבד כל ממונו ולא יעבור כמ"ש מור"ם א"ח סי' תרנ"ו משם הראב"ד והרשב"א וכי"ד סי' קנ"ז משם הר"ן אפשר דאזיל ומודה מהרי"ו ומה שיש לו לתמוה אדברי רמ"א שסמך על דברי מהרי"ו ואיל גם בענין ל"ת דלא תגורו לא תמה עליו ומה שתירץ לדברי מהרי"ו בתי' א' דשאני בין דין שבין אדם למקום דעלה כתב מהרי"ו לדין שבין אדם לחבירו והיא הסיא דספרי הא ניחא ליישב דברי מהרי"ו עצמן אבל לא ינהם מזה לדברי מור"ם שכתב זה הדין שבין אדם לחבירו והו"ל לתמוה עליו. גם מה שתירץ בתירוץ השני דהספרי לא איירי אלא בחשש אדם המזיק ע"י עצמו אבל המזיק על ידי מסירות שפיר יש לחוש דוחי בהם אמר רחמנא ולא שימות בהם ע"ש איני מבין דבריו דאם באנו לומר דוחי בהם אמר רחמנא וכו' גם היכא דאיכא ספק סכנה שמא יהרוג וכו' נימא הכי ועוד דהב"ע באדם מוחזק לרשע ואמאי לא ניחוש ליה וניחוש לאמזיק ע"י מסירות ועוד דהספרי סתמא קתני שמא יהרוג וכו' שמא ידליק וכו' ובין ע"י עצמו ובין ע"י אחרים משמע ואין לומר דע"י מסירה שהיא דבור בעלמא לא משמע להו לאוקמי דאיכא איסורא משא"כ בפועל דשא ודאי ליתא דענין המסירה גלוי וידוע דאיכא איסורא רבה בעושה בידים :

והנה אמת דמדברי רמ"א והלבוש לא משמע להקל אלא היכא דאיכא סכנת נפשות וכן נראה שהבין הרב שמלה חדשה דקי"ח ע"ד שכתב דמוס דשו רבים וכהיתרא דמי להם להחניף לאשר לו יד ושם קלא אבל שום שררה אע"ג דלא בריא היזקא וע"כ אפוג תורה וכו' דדברי מהרי"ו לא נאמרו כי אם בבריא היזקא דאל"ה ביטלת לא תגורו מעיקרו וכו' וראיה מעובדא דינאי המלך בסנהד' די"ט שנתייראו מפני ינאי המלך ובא גבריאל וחבטן בקרקע וקשה אטו לא היה להם ליראה וסופו הוכיח על תחלתו שהרג כל חכמי ישראל אלא נ"ל דת"מ לא היה אז בריא היזקא וביטלו לא תגורו. ועוד ראיה מהסיא דגטין ד"ר דרבי ולסתאי בר ינאי וכו' וז"ל רש"י אותן בני אדם קרובים למלכות הן אמ"ל הן יש להם סוסים ופרדים שרצים אחריהם אמ"ל הן וכו' עש"ב אבל היכא דליכא סכנת נפש כי אם היזק ממון נראה דלא היקלו בזה דלא גריע מנזהר ל"ת דחייב ליתן כל ממונו ולא יעבור וכמ"ש הראשונים

הראשונים הנ"ל אבל ראיתי שכתב ארכרי רמ"א בסק"ם וז"ל פי' אפילו שניהם חוקים נוהגים וכו' דנחשד שמא ימסרנו למלכות לא ימלט על הרוב מהוצאת ממון או סכנות אף שבשני חוק פכ"ל דעת שפתיו ברור מללו דאפילו דהיכא דאיכא למיחש להוצאת ממון שרי ליה לדיון להשמט מהכע"ד גם מדברי הרב ב"ח יש לדון כן אלא שאלו דבריו מעורבבים דבתחי' דבריו כתב כי כ"ל שפרש"י עיקר וכו' דלאו דלא תגורו אינו אלא מפני בעל מריבה אבל כששם סכנה או היזק ממון לא איירי קרא והיא דספרי לאו הלכתא סיא דלא קי"ל כלישנא בקרא אלא כל"ק יע"ש ושוב הא"כ הקשה ארברי מהרי"ו מהסיא דספרי יע"ש ולפי שיטתים אמאי לא הוקי ס' מהרי"ו כרש"י ולימא דההיא דספרי לאו הלכתא היא ומ"ש עוד דלהש"ז בממונה לרבים חייב ליזקק אפילו היכא דאיכא סכנה אם לא היכא דהיכא חשש מסירות וכבר עמדתי על דבריו לעיל והיך שיהיה קימא על דבריהם שהקלו אפי' בהפסד ממון במצות ל"ת שהחמירו בה אפילו אם יאבד כל ממונו ודברי מהרי"ו על כמן לא נאמרו אלא במ"ע דהוכחה כאשר כתבנו וזיה נראה לומר דלא כתבו הראשונים ז"ל דבמל"ת צריך ליתן כל ממונו ולא יעבור אלא דוקא בבא לעבור על ל"ת בקום ועשה אבל כעובר על ל"ק כי האי גוונא שאין בו שום מעשה שהוא נמנע מלדון כרי זה דומה ממש לעובר על עשה נרירא דאינו חייב להפסיד ממונו ורונמא לזו מלינו שבמל"ת דאית ביה מעשה לוקין עליו וכלאו שאין בו מעשה אין לוקין עליו והכוותא אכן נומא נבי הפסד ממון ודויקנא בכי מ"ם הלבוש בא"ח שם וז"ל העפ"י שחייב אדם לאת כל ממונו כדי שלא יעבור על אחת ממצות הי"ת וכו' ה"מ כמל"ת שלא ויעבור עליה בקום ועשה וכו' ע"ש וכן ראיתי בס' השל אברהם הנקרא פרי מגדים שחילק כן ולסוף הניח בצ"ע יע"ש:

ואני עני תבלין מלאתי לדבר זה מההיא סוגיא דפ' בן סורר שהביאה מהרי"ו דאיתא שם דע"ג מנין לרואה את חבירו שהוא טובע בנהר וכו' שהוא חייב להצילו ת"ל לא תעמוד על דם ריעך ופריך בגמ' וסא מהכא נפקא מהתם נפקא אבידת גופו מנין תלמוד לומר והשבותו לו ומשני אי מהתם הוה אמינא ה"מ בנפשיה אבל למטרח ולאגורי אימא לא קמל"ן ע"כ וקשה דהשתא דכתיב לא תעמוד על דם ריעך השמעינן מוכיח אפילו למטרח ולאגורי חייב א"כ למה לי קרא דוהשבותו לו וככר הר"ן ז"ל כתי' ומהר"ב מלובלין כתי' עמדו על זה ותי' דמלא תעמוד על דם ריעך לחודיה הוה אמינא נם כן דוקא למיטרח בנפשיה אלא דמיתורא דקראי ילפינן למיטרח בנפשיה ולמטרח ולאגורי עכ"ד ולכאורה קשה הכשלמא קרא דוהשבותו לו דהוי מ"ע שפיר איכא למימר דה"מ למטרח בנפשיה אבל למטרח ואגורי לא אבל השתא דכתיב לא תעמוד על דם רעיך דהוי ל"ת ומה נשתנה ל"ת זה מכל ל"ת שבתורה שחייב ליתן כל ממונו וא"כ היסגי לן קרא דלא תעמוד ומינים ילפינן שפיר דאפי' למטרח ואגורי חייב ולמה לי קרא דוהשבותו לו אכן לפי מ"ש דשני לן בין ל"ת דאית ביה מעשה וכין ל"ת שאין בו מעשה א"ש דשאני האי ל"ת דלא תעמוד

על דם ריעך שאין בביטולו שום מעשה ודמו למ"ע ממש ולהכי לא נמרינן מיניה דחייב למטרח ואגורי דלא אמרוה אלא בל"ת שיש בביטולו מעשה גמור ומשו"ס אילטריך יתורא דקראי למילף מינייהו למטרח ואגורי:

ובהכי ארווחנא לייסב דברי הרב החינוך במצות חקנ"א לתת שכר שכיר בזמנו וכו' שכ' שם אבל אם אינו יכול לפורעו באותו יום אלא א"כ יאבד הרבה משלו לא חייב הכתוב ע"כ וכתב עליו הרב מוכל מ"ם סי' מ"פ וז"ל והוא חידוש גדול בעיני דהניחא לענין עשה דפריעת שכר שכיר יכול לקיימו ביום אחר לפורעו אבל מ"מ לאו דלא תבא עליו השמש הרי עובר וכ"ל דגם לענין הלאו כיון שניתן לתשלומין אינו בדין שיאבד כל ממונו כיון דיכול לתקנו אח"ך וצריך כ"ע עכ"ל ולפי דברינו הא נמי לא קשיא כלל דגם האי ל"ת דלא תבא עליו השמש ולא תלין פעולת שכיר אין בביטולו שום מעשה ולא אמרו בהם שחייב ליתן כל ממונו ולא יעבור ודמו למ"ע גמור דאין בו חיוב ליתן כל ממונו והרב החינוך אזיל לשיטתייהו דהר"ן ומהר"ם מלובלין שהכרחנו כן מדבריהם ודוק:

האמנם לא אוכל להתעלם מאי דקשיא לי בדברי החינוך שכתב כן מסברא לפי הרואה וגם על הרב מוכל מ"ם שכתב שהוא חידוש גדול בעיניו שהרי במציעא דקי"ל אמרו שם יכול אפילו אין לו א"ל אחך שיש אחך וכתב הרא"ש פי' מעות וא"כ מאי מירוצא אתא לאשמועינן שהרי לא חייב הכתוב אלא כיש לו מעות ומוכרח לו' דמ"ם הרב שאם אינו יכול לפורעו אלא א"כ יאבד הרבה משלו היינו בשאין בידו מעות ומוכרח להפסיד בדי שימציא מעות והא פשיטא דלא חייבה תורה ככה"ג מדכתיב אחך ביש אחך ויותר קשה שהוא עצמו במצות רמ"ל כתב קבעו ולא היה לו מה ליתן אינו עובר ע"כ והנה שלא ידענו למה כתבה כשם התוספתא שלא בגמ' ערוכה היא לפנינו ות"ת ככר מילתיה אמורה ומה חידוש תנא כבה"מ לכתוב כי לפי הרואה וכעה צ"ע:

ואיך שיהיה הנע"י שכתבנו דכהאי ל"ת שאין בביטולו מעשה נראה דאינו חייב להפסיד ממונו מ"מ לא מפני שאנו מדמין כעשה מעשה ובפרט להקל בשל תורה כי מי יעצור כח להקל היכא שלא נמצא דבר מפורש בדברי הראשונים והנה שהכרחנו הדבר מדברי הר"ן והחינוך ז"ל מ"מ אין להמציא דין חדש מכח הכרח וקושיא שהרי אפשר לתרץ ולייסב באיזה אופן ונהרס היסוד ונפל הבנין ולא עוד אלא שבתשפטי דאיהו כתבו' הריב"ש סי' שמ"ז בענין מי שנשבע לפרוע לב"ח ושוב עיכבו הסוכן שלא לפרוע וכתב וז"ל ולענין טענת שאונס בטוען שכע"ד שהיה אנוס שהסוכן עיכבו ואם יעבור יזוק בממון וכו' אינו אנוס אלא מזיד ולא עוד אלא אפילו לא היה יכול לבטל אונסו אלא ע"י ממון הרבה שילטער בנתינתו כ"ל שחייב לתת ולא יעבור על מל"ת שלא מלינו בשום מקום היתר לעבור על מל"ת מחמת הפסד ממון וכו' גם בסוף התשו' כ' וז"ל ואם יביא עוד ראיה כעס"ד וכו' ככר כתב הראב"ד שלא אמרו אלא במ"ע אבל במל"ת אפי' כל ממונו ואם יאמר בעה"ד שבמל"ת שאין בה

מעשה

מעשה הרי הוא כענין זה כמ"ע כיון שאינו עובר בידים עליו הראיה שאם בחירו כמ"ע שקלה וכשב וא"ת אין למדין למצות ל"ת שאין למדין חמור מקל לקל עכ"ל ועיין בי"ד סי' רנ"ב סי"ב בהגה ובש"ך וט"ז שם שהוא מפורש ודלא כדברי הריב"ש שאין לחלק בין ל"ת שיש בביטולו מעשה לבין ל"ת שאין בביטולו מעשה דלא כמ"ש והכרחנו ובאמת שראיתי להרב זרע אברהם בתשו' חי"ד סי' ט' שהביא דברי הריב"ש הללו וכתב וז"ל והדברים תמוהים דאטו מי שנשבע לחבירו לילך למקום פ' וכיוצא מחוייב לאבד כל ממונו כדי לקיים שבועתו מעולם לא שמענו כזה ומאי שנא מהביא דהרשב"א ז"ל שכתבנו ומ"ש דעליו הראיה אין לך ראיה מהא דכתב הרשב"א ומי לנו גדול מורה הוראה ממנו וכו' ע"כ ולכאו' נראה דהרשב"א לא ס"ל הא דהריב"ש שכתבנו כמ"ש הז"א ז"ל אבל באמת הא לא תברא כלל כי אין דברי הרשב"א אמורים אלא בענין שבועה דאמרינן אדעתא דהכי לא נשבע ומיעקרא שבועה מעיקרה. וע"ז וכיוצא כתב הז"א דיש להביא ראיה מהרשב"א ואף ע"ז ראינו רבים מהאחרונים שיישבו דברי הריב"ש אבל לענין אם יש הפרש בין ל"ת שיש בו מעשה לשאין בו מעשה לא מצינו מי שחלק עליו ופשוט. ואם תאמר דה"ל מהביא ס' הרשב"א דלא פליג אהא דהריב"ש מ"מ הא איכא דברי הר"ן והחינוך דפליגי עליה וגם נראה דמהסוגיא עצמה בפ' בן סורר מוכחא הכי דהא"ה בלא תעמוד על"ר שוה שני ולמה לי יתורא דקרא וכו' הר"ן ומוכרח הדבר ליישב בכה"ג. הא ליתא ודאי דמהסוגיא גופא ליכא לאוכוחי מידי שהרי לקו' זו שהקשה הר"ן מצינו לתלמידי הר"פ ז"ל הובאו דבריהם בס' אמרה וחיי שתי' וז"ל וא"ת למ"ל קרא דוהשבותו לו כיון דכתיב לא תעמוד וי"ל דאצטריך למכתב והשבותו לו לאשמועינן דחייב להצילו בכל ענין אפילו היכא דאינו כי אם תוצה דס"ד דלא הוי אלא דוקא היכא דרודפים להרוג אותו עכ"ל ובזה לא נשאר שום הכרח מהסוגיא אלא גם מדברי הר"ן יש לומר דלא מכרעא דהא שפיר איכא למימר שלא כתבו הרא"ב"ד והרשב"א דבמל"ת חייב לאבד כל ממונו ולא יעבור אלא היכא דאנסו אנס לעבור על ל"ת שחייב לאבד כל ממונו ולא יעבור ובהא כל ל"ת שבתורה שוין בין שעובר בק"ע בין שעובר בשוא"ת ואה"נ דגם בלאו זה דלא תעמוד על"ר אם בא אנס לאנסו שלא יעמוד חייב לפזר כל ממונו ויעמוד שהרי הוא בכל ל"ת שבתורה אבל למה שחייב להוציא ממון על גוף המצוה עצמה כגון למטרח ולמגר אגורי זה מנין לנו שאפשר שלא חייבתו תורה אלא למטרח בנפשיה אבל לשכור אחרים כדי לעסוק במצוה לא מצינו דכוותה ולהכי אצטריך קרא דוהשבותו לו כדי למגמר מינה הא דחייב לשכור אחרים לעשות המצוה היכא דאינו יכול לקיימה בגופו כנ"ל וכעין זה יש ליישב דברי החינוך דודאי אם בא אנס לאנסו שלא יתן שכר שכיר בזמנו חייב לאבד ממונו ולא יעבור על ל"ת אבל אם יוכרח להפסיד הרבה בשביל שלא לעבור על ל"ת דלא תלין וכגון למכור דבר בפחות מדמיו הרבה לפרוע פעולת השכיר אין זה בכלל מ"ש הרא"ב"ד והרשב"א דיאבד כל ממונו ולא יעבור דלא כאמרו דבריהם בכה"ג ובזה עלו דברי הריב"ש והר"ן והחינוך בקרא שוטה ואין ביניהם במלא נימא וזה הנלע"ד נכון ויציב:

ואיך שיהיה נראה לן עלה לענין הדין אם יכול להסתלק מחמת יראה וקאי בלאו דל"ת הא ודאי דדמי לאנסו אנס דודאי חייב ליתן כל ממונו ולא יעבור כשאר ל"ת שבתורה ותימא איך פסיקא ליה להסמ"ע להקל אפילו בהפסד ממון דאפילו על דברי רמ"א והלבוש דהקלו בסכנת נפש הנה מלבד דנראים דבריהם סותרים הא דספרי והפסיקתא והרמב"ם וכ"ש שהוא בא להוסיף עליהם ולהקל בהיזק ממון ואם יאמר דלישנא דספרי שאמרו שלא תאמר שמא יהרוג וכו' שמא ידליק וכו' שמא יקוץ וכו' משמע מינה דוקא כשמא אין לו לירא אבל כבריא היזקא יש לו להמנע דהרי גם בהזק ממון כשמא אמרו שמא ידליק שמא יקוץ וכו' הא ל"מ דמלבד דתלינו בפסיקתא דלא תני לה בלשון שמא דלשון הפסיקתא שלא תירא מפני פ' שלא יהרוג וכו' ושלא ידליק וכו' ושלא יקוץ וכו' ועוד דגם במסירות אינו אלא ספק ואפי' דנימא דאחר שימסור הוי בריא היזקא בשעת מכמר מ"מ הוא גופא מי יימר שימסור אם אינו מועד לכך:

והנראה לי נכון ליישב דברי רמ"א ממה שהקשינו עליו דהוי ספק בספרי וגם מה שלמד להקל מדברי מהרי"ו אף שדברי מהרי"ו אינם אלא על מ"ע דתוכחה ושוא ממ"ש לעיל דעיקר קרא דלא תגורו אינו אלא היכא דשמע הדיין דבריהם ויודע לאיכן הדין נוטה ודייקי לה הכי הלבוש והסמ"ע והט"ז כמ"ש לעיל האמנם היכא דשניהם תקיפים ועדין לא ידע הדיין להר"ן אף שכתוב בהג"א משמיה דריב"א ורשב"א והא"ז דאינו רשאי לשמוע אין זה דאורייתא דעל זה לא קאי קרא כמ"ש דקראי לא איירי אלא כידע להר"ן אבל סברא הוא דכשניהם תקיפים אם יעמוד אחד נגדו הב' מסייעו וא"כ הדר דינא כמו שניהם רכים דמ"ע לדון בין טוען ונטען כמ"ש החינוך מצוה ג'ן ופשיטא דהב' רכים ליכא כאן מקום ל"ת דלא תגורו דאין כאן יראה כלל ודכוותיה בב' חזקים כיון שהב' מסייע מ"ע על הדיין לדון אף קודם שישמע דבריהם משא"כ אם היה אחד רך ואחד קשה אין על הדיין חיוב מ"ע שמא יתחייב חזק ונמצא רודפו וזה שדקדק מור"ם בדבריו שעל הדין שכתב מרן כתב וכן אם היו שניהם חזקים צריך ליזקק להם ולא כתב אינו רשאי שלא ליזקק והכונה בו דאם היו שניהם חזקים צריך וכו' דהיינו מ"ע דאורייתא לדון ולא כתב אינו רשאי דהיינו דאית ביה ל"ת דלא תגורו דבזמן דבכה"ג דלא שמע דבריהם לית ביה ל"ת כלל והשתא דכתב רמ"א דין ב' חזקים דחיוביה מ"ע דוקא כתב ע"ז ויש מי שכתב דנוהגין עכשיו שלא למחות וכו' משום שיש סכנה שלא ימסרו וכו' ללמוד מדברי מהרי"ו דכתב במ"ע דתוכחה דיש להמנע מחשש מסירה ה"ה הכא בב' חזקים דאית ביה מ"ע גרידא יכול להמנע מחשש מסירה דאפשר שאם ימסרנו לא יהיה כח ביד הב' להצילו והך סברא דהשני יהיה מסייעו לא מהניא גבי חשש מסירה אבל לענין א' רך וא' קשה אחר

שידע

שידע הדיין להה"ן בזה לא נכנס רמ"א כלל ולא עלה ע"ד דעת עליון להקל בו מכח דברי מהרי"ו אבל על דברי הסמ"ע אני תמיה שנראה שלא הבין כן שכתב בשק"ה פי' אפילו שניהם חזקים נושנים עכשיו וכו' ונראה שר"ל דלא מיבעיא אם א' רך וא' קשה וידע להה"ן שיכול הדיין להשמט מחשש מסירה שהרי אין לו מי שיסייענו אלא אפילו בב' חזקים דהב' יסייענו יכול להשמט מחשש מסירה וכן מוכן מסוף דבריו שכתב וכן נ"ל מסידור דברי מור"ם בשנהוג הללו אבל בד"מ כתב תחילה שלא למחות וכו' ואח"כ כתב דאם שניהם חזקים עכ"ל ובודאי שר"ל דמהנהגות הללו נראה דאתרוייהו קאי אבל בד"מ נראה דדוקא א' רך וא' קשה קאי אבל בב' חזקים אפילו היכא דאיכא חשש מסירה אסור להשמט משום שהשני חזק ויסייענו ובאמת דלע"ד הדברים תמוהים דאדרבא להפך רמ"א לאוקי דברי רמ"א כי אם דוקא אב' חזקים דהוי מ"ע גדולה אבל א' רך וא' קשה וידע להה"ן לא אפ' לאוקמי כדכתיבנא וע"ז לא נתכוון מור"ם כלל גם מ"ש בלבוש ומ"מ בזה"ז וכו' יכול הדיין להשמט אפילו ממונה לרבים ואפילו שניהם חזקים וכו' יע"ש משמעות דבריו דל"מ באינו ממונה אפילו שידע להה"ן וגם ל"מ בא' רך וא' קשה אפי' שידע להה"ן דיכול הדיין להשמט אלא גם בממונה וגם בב' חזקים יכול להשמט מפני חשש דמסירה ואם נאמר דכונת הלבוש לומר דל"מ בלא ידע להה"ן ואינו ממונה וגם ל"מ בא' רך וה' קשה ועדיין לא ידע הה"ן אלא אפילו בממונה ועדיין לא ידע או ב' חזקים ועדיין לא ידע הא ליתא דאינו ממונה וא' רך וא' קשה ולא ידע להה"ן מי הכניסו לספק איסור מעיקרא ולא בעיא טעמא דמסירות דבלאו הכי שרי ליה ר"ל למימר איני נזקק לכם אלא ודאי דהלא מיבעיא קאי הידע להה"ן ואם באמת כיון לזה הדברים תמוהים כאשר כתבתי דרמ"א עצמו לא נתכוון ע"ז וכמ"ש שו"ר להרב גבעות עולם סי' הנ"ל שהבין כדעת רמ"א וכדעת הלבוש דבשניהם חזקים אפילו ידע להה"ן יכול להסתלק דבב' חזקים אין חילוק בין קודם שידע לאחר שידע להה"ן וכן כדעת הלבוש בדין ממונה לרבים דל"ש בין ידע להה"ן ללא ידע יכול להסתלק[היכא] דאיכא חשש מסירה עי"ש ד"א ע"ד ואחרי אלף מחילות מכבודו ליתא כלל דהיכא שכבר ידע הדיין להה"ן חזר סברא דהוי בל"ת גמור דלא תגורו דעלה קאי קראי ורמ"א גופיה אזיל ומודה דבשכבר ידע הדיין להה"ן אינו רשאי להשמט כלל וכ"ש וק"ו הממונה לרבים וברור :

ישוב עיינתי וראיתי שגם דברי הסמ"ע ז"ל מקום יש בידם ליישבם דגם איהו ז"ל פירושי קא מפרש לדברי רמ"א כמ"ש דאין כוונתו להקל לדיין ששמע וידע להה"ן דההיא הויא ל"ת גמור דאורייתא האמנם יען שכתב מרן ואם הוא ממונה לרבים חייב וכבר כתבנו לעיל דגם בממונ' לרבים קודם שידע להה"ן איכו דאורייתא שהרי קראי בממונים לרבים איירו ואפ"ה דייקי רבוותא מקראי דדוקא בידע להה"ן אלא דמסברא הוא דכתב הר"ם במו"ל הכי ונמשך אחריו מרן והיה מקום לומר דעל דיין ממונה לרבים קודם שידע להה"ן קאמר

מור"ם דבזה"ז דאיכא חשש מסירה פטור .שדיין קודם שידע ויליף לה מדברי מהרי"ו שהרי מהרי"ו ממונה לרבים הוה ואפי"ה שתיק להמנע ממלות תוכחה מחשש מסירה וה"ה בדיין ממונה קודם שידע להד"ן אבל היכא דהוו שנים חזקים שאם יעמוד האחד נגד הדיין השני יסייענו אפשר לומר דהאי סברא מועיל אפילו היכא דאיכא חשש מסירה לזה כתב הסמ"ע דאין כן האמת אלא דמ"ש ומ"מ וכו' פי' אפילו בב' חזקים ור"ל ל"מ בממונה לרבים ואינו יודע להה"ן דזה ודאי פטיר היכא דאיכא חשש מסירה אלא אפילו בב' חזקים פטור הדיין קודם שישמע וידע להה"ן דהך סברא שכתבו הראשונים דאם יעמוד האחד עליו השני יסייענו לא תועיל גבי חשש מסירה שלא ימעט וכו' אף השני חזק אבל בד"מ כתב תחילה שלא למחות וכו' ואח"כ כתב דין ב' חזקים משמע דלא יועיל חשש מסיר' אלא בדין שממונה ואינו יודע להה"ן וא' רך וא' קשה אבל בב' חזקים לא יועיל ולא יליל חשש מסיר' ומ"מ אזיל ומודה דלענין הדיין שכבר ידע להה"ן אין מליל אפילו אם יהיה מסירה ואפילו בה' סכנת נפש וכ"ש וק"ו בחזק ממון ומעתה זכינו לדין דלכל הפוס' ראשונים ואחרונים דיין שכבר ידע להה"ן אינו רשאי להשמט בשום אופן ואפילו היכא דבריא הזקה שלא מלינו בעת מי שחקל זולתי הב"ח שפסק כדעת רש"י ואנן כדיין בתרים דמרן גרירן דפסק כהרמב"ם ושאר הפוס' ז"ל כמבואר וגם מה שיש מקום להתלות בדברי מהרשד"ם לא מכרעא דאיהו גופיה סבריה לגזיים וכתב דקשה הא"כ יפסיד זכותו הבע"ד שכנגדו ולא עוד אלא דנמלא יחיד בסברא זו וכאמור :

אשובה הראה אי אמרינן גזים אינש ולא עביד היכא שיש בידו לעשות אם לאו גם בענין המסירה אי אמרינן גזים אינש ול"ע או לא . והנה שורש דבר זה בפ' כל הנשבעין דמ"ו אמר ר"י ההי מאן דנקיט מגלא ואמר איזיל ואקטלי' לדיקלא דפלניא וכו' מ"ט דעביד אינש דגזים ולא עביד עי"ש וכתב מוהריק"ו שורש קפ"ה הרי בממון הקל אמרי' גזים אינש ולא עביד כ"ש להפיל את חברו בתוך המכמורת בתא מכמר ואין לחלק ולו' דמ"מ חשיב אונס דמספי אירך דילמא עביד כמ"ש המרדכי בשם מהר"ם מעשה ביסורים שרחקו וכו' ואין לחלק בין גיזום דהרוגה בין גיזום דמסירה דמ"ל איסורא רבה מ"ל איסורא זוטא וכו' דאיסור חמור בעיני העולם למסור וכו' עכ"ד י אמנם מהרשד"ם חי"ד סי' ק"א כתב וז"ל ומ"מ לבי נוקפי שלא אמר מהר"ם אלא שהיו מכין ומייסרין אבל באיום וגיזום בלשנה לא עי"ש ואיך שיהיה מהריק"ו פשיטא ליה ולפי דבריו דעת מהר"ם אונס דגיזום לא הוי אונס וכן הוא דעת הרא"ש הביאו מהריק"ו שם אכן הרואה יראה דבדבר שבידו לעשות דעת הרמב"ם פ"ו מכירה שכתב ה' האונס את חבירו בשהכהו וכו' או שהפחידו בדבר שאפשר לו לעשות וכו' ה"ז אונס יע"ש וכתב הה"מ שכתב הרשב"א שכן דעת ר"ת וכן עיקר והמ"מ בתשו' ח"א סי' י"ח כתב דהגאון בס' המקח והרמב"ן בחי' בתרא והרשב"א בתשו' והרמ"ה והר"ן והנ"י כולהו פליגי אמהר"ם והרא"ש יע"ש ודברי הרשב"א הם בח"א סס"ו

סס"י תתפ"ג שכתב וז"ל וכל שיש ספק בידו לעשות אותו אונס ומפחידו הרי זה אונס ולא אמרינן בכי הא גזים איניש ולא עביד עכ"ל ולכאו' יש לדקדק ממ"ש בתשו' סי' קפ"ה דהקשה אההיא דרב כהנא דשמטיה לקועיה למאן דאמר מחוינא ואמאי יהרג דילמא גזים ולא עביד ותי' דשאני התם שהכרנו בו שהוא רוצה לעשות או אם רגיל בכך כההיא דרבי שילא יע"ש ולפי דברי תשו' זו אם לא הכרנו בו שהוא רוצה לעשות או שאינו רגיל אמרי' גזים ולא עביד אעפ"י שיש בידו ספק לעשות ושמא דעת הרשב"א בתשו' זו דאף דנימא דחשיב אונס היכא שספק בידו לעשות מ"מ לענין דיהרג הא ודאי ק' דהיך נהרגנו מספק דילמא גזים ולא עביד וע"ז תי' דשאני התם שהכיר בו שרוצה לעשות ומעתה מ"ש הרפמ"א בתשו' ח"ב סי' פ"ח דקל"ה ע"ג וז"ל ואם לחשך אדם להקשות ולומר שמה לא קאמר הרב מהריק"ו וכו' אבל שמלשין את חבירו לשרי האונדרמים וכו' אמרינן דגזים ועביד וכו' לא ואמור לו דהרי הרשב"א בתשו' כתב דשאני ההיא דמחוינא וכו' הרי משמע דלא חייבו אלא מטעם דרגיל או דמעיז יע"ש • ואחרי כע"ר לאו שמה מקיימא דלא כתב הרשב"א בסי' קפ"ה כן אלא לענין ליהרג אפילו על הספק והיינו משום דמעיז או שרגיל אבל לענין דמיקרי אונס כל שבידו ספק לעשות מיקרי אונס כמבואר סי' תתפ"ג • האמנם דעת מרן ז"ל בח"מ סי' ל"ד סעיף ד' שכתב השונא לחבירו וא"ל בפני רבים אלך ואמסור ממונך פסול לעדות עכ"ל והן הן הדברים שכתב בב"י על דברי הנ"א מתו' כ"נ דה"ר במוחזק לכך או שהתרו בו יע"ש ולפי דבריו גם לעדות אינו נפסל אם אינו מוחזק או שהתרו בו דאי לאו הכי אפשר לו' דגזים ולא עביד גם המרדכי פ' הגוזל בתרא כ"כ ע"ד רב פלטוי גאון שהובאו בב"י שם וכתב הרפמ"א שם ואין לומר דכל זה לא איירי אלא לענין פיסול עדות אבל לא לחייבו ממון דאדרבא יותר חמור פיסול עדות מחיוב ממון ע"ש הרי שדעתו דאין לחייבו ממון כ"א בתנאים שנפסל בהם לעדות כגון שמוחזק או שהעיז פניו נגד רבים או שהוא שונא וא"כ יש להסתפק במקום שאמרו להקל מחשש מסירה אי בעינן דוקא שמאיים מוחזק בכך או שהוא שונא ואי לאו הכי אמרינן דגזים ולא עביד או נימא כיון דמיקרי אונס לדעת רוב הפוסקים דפליגי על מהר"ם וראבי"ה וסברי דכל שיש ספק בידו לעשות הוי אונס ה"ה הכא דהדיין מיקרי אנוס ושרי ליה להשמט וכעת לא מצאתי גילוי לזה זולתי מההיא תשו' הרשב"א אשר הזכרנו לעיל באחד שאיים לב"ד שלא יטפלו בדינו וכו' שכתב בטעם הא' שאין זה מציל להב"ד מלהזדקק שאם הוא מפחידם לעשות עמהם שלא כדין שמא אין כח בידו וכו' משמע דאם יש בידו כח לעשות הרי הם ניצולים וכדדייק מהרשד"ם סי' שע"ח וכנ"ל ואזיל לטעמיה דסי' תתפ"ג שכתב דכל שיש ספק בידו לעשות לא אמרינן גזים איניש ולא עביד האמנם עדין הדבר תלוי דהרשב"א עצמו לא עמד טעמו בו שהרי בטעם השני כתב ועוד דא"כ יהיו כל אדם עושין כן וכו' ואין הגדולים נידונים לעולם וכו' ומשמע ודאי דר"ל ועוד אף את"ל דיש בידו כח מטעם אחר אין הב"ד רשאים משום שא"כ לא יהיו הגדולים נידונים לעולם ומהרשד"ם ז"ל תפס טעם הא' לעיקר ואפשר שדעתו ז"ל להשכים דבריו עם רוב הפוס' דס"ל דכל שיש ספק בידו לעשות ל"א גזים ולא עביד וכן הוא דעתו בסי' תתפ"ג אבל באמת הא לא מכרעא כלל דהא טעם הב' אינו סותר דבריו מ"ש באותה תשו' דבזה לא אמרינן דגזים ול"ע אלא שדעתו בזה לומר דאף את"ל דיש בידו כח וגזים ועביד מ"מ לענין להשמט מן הדין לא יועיל דא"כ לא יהיו הגדולים נידונים לעולם ומטעם זה אע"ג דבעלמא הוי אונס לענין זה לא מיקרי אונס להתיר לדיין להשמט ואף למ"ש הרב בית שלמה ז"ל בתשו' חי"ד סי' ז' דגם לדעת מהר"ם וראבי"ה דסברי דאפילו בשיש ספק בידו לעשות אמרינן גזים איניש ול"ע מ"מ יראה דאלו הנכנסים בשערי המלכים הם מוחזקין לעשות רעה לחביריהם ויש לחוש הרבה לזה ולא אמרינן בהו עביד איניש דגזים ולא עביד ע"כ ע"ש גם הרב משאת משה בח"א ח"מ סי' כ"ט כתב כן יע"ש אלא שיש לעיין בדבריו שנראה שתפס לעיקר דברי מהר"ם וראבי"ה והוצרך לחלק מדברי מהרש"ח הנז' גם מדברי מהרי"א כאשר יע"ש ובאמת שברואה יראה דרכו כמו רבו החולקים בזה על מהר"ם וראבי"ה כמ"ש הפמ"א שם ובח"כ סס"י ז' ובכנה"ג סי' ר"ה הגב"י אות ל"א ע"ש מ"מ הא לא תברא דמה שהם מוחזקים דוקא לחביריהם דסברי דהיתרא קא עבדי אבל לעשות רעה לאחרים לא הוחזקו וכ"ש לדיין. ובאין ספק כי לאו גזירה היא שגזר הרב אלא שעינו ראה דאלו הנכנסים בשערי המלכים הוחזקו ואנן קחזינן דאלו הבע"ד הבאים בשאלה מעולם לא הוחזקו לא ברבותא ולא בדפתיתא מינה ובכל כי האי אנא דאמרי דאין לדיין אלא מה שעיניו רואות :

ואיך שיהיה אנו למדין מדברי הרשב"א ז"ל דכל שיש ספק בידו לעשות אמרינן דגזים ועביד והוי אונס גמור וכך מבואר נ"כ בתשו' הרשב"א הביאה מרן בסי' י"ב ובסי' ר"ה מ"ח והיא בח"ג סי' ק"כ על ראובן שהפחיד לשמעון שאם לא יחזיר לו הממון שתובעו ילשין אותו וימסור אותו למלך והשיב בתשו' דהדין עם שמעון לפי שאנוס הוא מפני שהפחידו למסור אותו למלכות וביד כל אדם למסור חבירו למלכות וא"כ הו"ל כתליוהו ויהיב ע"כ ודקדק וכתב וביד כל אדם למסור חבירו ביד המלכות דלא נימא דאף שהפחיד מאי הוי הא גזים ולא עביד ותי' זה דביד כל אדם וכו' לומר שכיון שיש ספק בידו לעשות הוי אונס ובכי הא גזים איניש ועביד :

ועפ"י כל זה אשובה לי לבאר תשו' הרשב"א דס"י ש"ד שהבאנו לעיל על אחד שאיים לב"ד שלא יטפלו בדינו וכו' והוינן בה לעיל דלכאו' דברי הרשב"א סותרים זה את זה בהב"ד דתחילה כתב אין זה מציל את הב"ד וכו' שאם הוא מפחידם לעשות עמהם שלא כדין שמא אין בידו כח וכו' ובטעם הב' כתב ועוד שא"כ יהיו כ"א עושין כן שאין לך אדם שלא יוכל להזיק וכו' והרי זה סותר הקודם שכתב שמא אין בידו כח וכו' • ועוד קשיא לי עלה דאמאי לא אתי עלה הרב מטעמא דגזים איניש ולא עביד וכמ"ש בגמ' האי מאן דנקיט

מגלא

מנלן וכו' ומש"ה אין איום זה מציל להב"ד שאמנם כבר כתבנו דדעת הרשב"א דכל שיש בידו כח לעשות אמרינן דגזים ועביד וכבר כתב דביד כ"א למסור חבירו ביד המלכות ומיקרי שספק בידו לעשות והנה כי כן הרשב"א ז"ל בתשו' זו נסתפק כמ"ש בדברי השו"ל שאיים לב"ד וכו' אם זה האיום ע"י איזה מעשה שיעשה איזה מעשה רע עמהם או שאיים עליהם למוסרם והנה שכתוב בשאלה ועוד שהפחידם מכח השר אדוניו אם יעשו דבר כנגדו אין הכונה בו ענין מסירה אלא שהוא יכול לעשות עמהם רע ולא ישוב מפני כל מכח השר שהוא בעזרתו ומוכח שהבין כן שהרי כתב שמא אין בידו כח וכו' דאם באמת היה שהפחידם לעשות עמהם שלא כדין שמא אין בידו כח וע"ד זה אמרו גזים איניש ולא עביד היכא דאנו מסופקים אם יש ספק בידו לעשות או לא דשמא אין בידו כח ואם האיום היה למוסרם ע"ז כתב טעם הב' ועוד דא"כ יהיו כ"א עושים כן ור"ל דאי איום הוא ענין מסירה גם זה אינו מציל להב"ד שכל אדם יהיו עושים כן דאין לך אדם שלא יוכל להזיק האי היזק דהלשנה שביד כ"א למסור לחבירו ביד המלכות ואם באנו לפטור להב"ד מהאי טעמא אין הגדולים נידונים לעולם דהם קרובים למלכות או להשרים יותר משאר העם והתורה אמרה לא תגורו ומעתה למדין אנו דאף דבעלמא אונס דהלשנה הוי אונס גמור דגזים איניש ועביד מ"מ בענין לפטור הדיין מן הדין להסתלק אין זה מציל ופי' זה כ"ל אמת ויציב בדברי הרשב"א אכן לפי פירושינו זה נמצאו דברי הרשב"א סותרים דברי האחרו' שלמדו מדברי מהרי"ו להקל היכא דאיכא חשש מסירה ולפי דבריהם דעת הרשב"א דאפילו האי איום הוא איום דמסירה אינו מציל ושמא י"ל כמ"ש לעיל דלא הקלו אלא בשניהם חזקים או בממונם לרבים דהכתי לא ידעו להה"ן דאין חיוב על הדיינים אלא ממ"ע לדון דלהו דלא תגורו לא קאי אלא בידע הדיין להה"ן כמ"ש האחרונים והוא מוכרח מהש"ס והאי תשו' דהרשב"א איירי שכבר ידעו להה"ן וכמו שפי' בה הרב גבעות עולם ועלה קאמר הרשב"א והתורה אמרה ל"ת כנ"ל א"כ י"ל דסברי הך דכוונת דדעת הרשב"א נו' דאף דהיכא דיש ספק בידו לעשות יש לחלק בין בריא היזקא אם לאו דבבריא היזקא כגון שהוחזק למוסר מותר לו להסתלק דבבריא היזקא לא דבר הכתוב והיא דספרי שאמרו שלא תירא שמא יהרוג וכו' שמא ידליק וכו' שמא יקוץ וכו' הנהו כולהו ספיקא הוו אם יש כח בידו לעשות ואמרינן בהו גזים איניש ולא עביד ואינם בריא היזקא כלל אבל היכא דספק בידו לעשות אז יש לחלק דאם בריא היזקא לית ביה ל"ת דלא תגורו ואם לאו לאו והם ז"ל לא הקלו אלא בבריא היזקא וכמ"ש הרב שמלה חדשה וזה דלא כמהרש"ם סי' שע"ח שמש' מדבריו שהבין דהיכא דודאי שיש בידו של הבע"ד להזיקו מיקרי בריא היזקא דליתא לע"ד אלא אפילו היכא דיש כח בידו לעשות לאו בריא היזקא מיקרי וכלהו הכי מהאי עובדא דינאי המלך אין נראה כן דודאי ספק בידו לעשות דמלכא הוי אמר עקרנא לטורא עקר ואפ"ה ענשו דעברו על לא תגורו ומוכרח לומר דמ"מ לא היה אז בריא היזקא וכמ"ש הרב שמ"ח וכן

מהא דרבי דוסתאי ב"ו שהביא הרב ז"ל אלא דפי' בריא היזקא היינו שהוחזק לכך כנ"ל :

ומעתה הבה נא אבוא לברר מה שנסתפקנו בסעיף הב' בפי' יודע להיכן הדין נוטה אי בענין דוקא שכבר נתווכחו הדיינים ונעשו רמ"ך דבזה יודע דהדין נוטה לצד זה או לצד זה וכ"ז שעדין לא נשאו ונתנו יחד לגמ"ר אכתי לא נודע להה"ן או דילמא אפילו שנה הדיין והסכימה דעתו לאיזה צד שיהיה אעפ"י שעדין לא עיינו בדין כפי הצורך ולא נגמרו מלשאת ולתת בדבר מיקרי יודע להיכן הדין נוטה · ותחילה אמרתי לברר דברי מרן בש"ע סי' י"ח ס"ד שכתב ג' שישבו לדין וסילק אחד מהם את עצמו אין השנים יכולים לגמור הדין ע"כ ומקור דין זה נודע שהוא מדברי הנ"א שהביא הב"י סי' י"ב וסי' י"ח שכתוב שם וג' שישבו לדין וסילק הא' את עצמו קודם שידע להה"ן אין הב' יכולים לגמור הדין ע"כ :

והנה יש לנו לדעת איך השמיט מרן ז"ל החילוק העיקרי המוזכר במקור הדין לחלק בין קודם שידע להה"ן לאחר שידע דמדברי הנ"א מוכן בביאור דאחר שנודע להה"ן יכולים הב' לגמור הדין ומסתם דברי מרן דלא חילק משמע ודאי דבין נודע להה"ן בין לא נודע אין הב' יכולים לגמור ולא מצינו בהאי פלוגתא שהוכחה בשום מקום · והנה הש"ך בס"ק ה' כתב ע"ד מרן היינו כשאינם יודעים להה"ן אבל אם יודעים יכול להסתלק והם יגמרו ועב"ח סי' י"ב עכ"ל והרואה יראה דבלשון זה חלק על מרן בשתים חדא כמ"ש דאם כבר ידעו להה"ן יכולים הב' לגמור הדין והב' דרמז מאי דאיפלגו הד"מ והב"ח על דברי מרן בסי' י"ב בב"י שכתב שם שמדברי הנ"א נראה דג' שישבו לדין וא' מהם רוצה להסתלק אינו רשאי אלא קודם שידע להה"ן ע"כ וע"ד זה השיגוהו הד"מ והב"ח דלא כתבו הנ"א אלא שאם סילק עצמו קודם שידע להה"ן אין הב' יכולים לגמור הדין אבל אם ידעו להה"ן מותר לגמרו הב' אבל לענין סילוק אפשר דיכול להסתלק אפילו יודע להה"ן והם יגמרו עכ"ד · ואיך שיהיה נראים הדברים דע"כ ל"פ אלא בדין הסילוק אם יכול להסתלק אם לאו אבל לענין אם יכולים הב' לגמור הדין אם כבר ידע להה"ן לא דאינו פלוגתא בזה ונראה שגם מרן יודה בזה וכן כתב הרב מהר"א ברודו ז"ל בתשו' הובאה בפ"ת ח"כ סי' ק"ך דע"כ לא פליגי אלא באיסור הסילוק אבל לענין דינם לכ"ע אם כבר נגמרו טענותיהם קם דינא עפ"י השנים הנשארים ויכולים הב' לגמור את הדין עכ"ל · ולכאורה קשה דלא זכר הר"ר דמלשון מרן בש"ע אין נראה כן דמדסתם נראה שאפילו ידע להה"ן אינם יכולים לגמור הדין:

האמנם אחר ההתבוננות יפה נראה שהבין מרן דמ"ש בהנ"א וסילק הא' את עצמו קודם שידע להה"ן האי תנאי קאמר לענין הסילוק דאינו מותר אלא קודם שידע להה"ן אבל אחר שידע אינו רשאי להסתלק אבל לענין אם יכולים לגמור הדין אין חילוק בין ידעו ללא ידעו דאיך שיהיה אינם יכולים לגמור את הדין ונראה שטעמו ונימוקו עמו שהבין כן בדברי הנ"א בין לענין שאין יכולים לגמור את הדין בין לענין דאין הדיין

רשאי

רשאי להסתלק אלא דוקא קודם שידע להה"ן אבל אחר שידע לא ומה שהשיגוהו הר"מ והב"ח אחרי נער"ק לא ירדו לעומק כונתו כי עין רואה שהורה דברי הג"א הם מא"ז והנה שם בהג"א קודם לזה בדין כיצד שאמרו שם בברייתא נגמר הדין אי אתה רשאי לבצוע ופרש"י שאמרו איש פ' אתה זכאי איש פ' חייב ותוס' ורבינו יונה בחי' והגה"א בשם א"ז חלקו על רש"י ופירשו שנגמר הדין היינו שגמרו את הדין לגמרי דלא תמצא אלא לומר איש פ' זכאי איש פ' חייב אינו רשאי לבצוע ע"כ וכתב רבינו יונה שם ומיהו לאו היינו משמעות דברייתא ותדע להה"ן דקאמר ר"ש בן מנסיא דהתם עדיין לא עיינו כל הצורך ולא גמרו מלשאת ולתת עכ"ל וכן כתב מהרש"א בח"ס אדברי התוס' וכן כתב הרב כנסת הגדולה בחידו' וכתב שכן כתב מהרש"ח ע"ש והנה שמהרש"ך ז"ל בתשו' ח"ב סי' מ"ד עמד בזה על דברי התוס' בכך כתב הרב ברכי יוסף ז"ל דזה נרה לו שלא ראה דברי רבינו ע"ש נקטינן דלהתוספות ורבינו יונה והג"א בשם אור זרוע פירוש ידע היכא הדין נוטה אעפ"י שלא עיינו כל הצורך ולא גמרו מלשאת ולתת בדבר ושמא דאתיא להכי אם היתה דכוונת הג"א הבא בדין זה כשבנת הרב דרכי משה והרב בית חדש דאם כבר ידעו להיכן הדין נוטה יכולים השנים לגמור את הדין קשה טובא איך כשידעו להיכן הדין נוטה ולא גמרו מלשאת ולתת שיגמרו את הדין הא ודאי ליתא דארעתא דג' יתבי קודם שישאו ויתנו לגמר דין ויעשו רובם מתוך כולם אין חילוק בין ידע להיכן הדין נוטה או לא ומוכרח הדבר לומר דמ"ש בהג"א וסילק הא' את עצמו קודם שידע להיכן הדין נוטה לקושטא קאמר לבותר הסילוק דאם לא ידע כלל להיכן הדין נוטה אפשר לו להסתלק ואם ידע להיכן הדין נוטה דהיינו שקרא ושנה אעפ"י שלא גמ"ו מלשאת ולתת אסור לו להסתלק אבל לענין אם שיכולים לגמור את הדין אין חילוק בזה בין ידע ללא ידע דכל זמן שלא גמרו רובם מתוך כולם אין יכולים השנים לגמור הדין ומ"מ נראה דלדינא אם כבר גמרו מלישא וליתן ונעשו רובם מתוך כולם אפ' מרן יודה דיכולים הב' לגמור את הדין וכן הם דברי מהר"א ברודו ז"ל שכתב בפירוש ויכולים השנים לגמור את הדין כיון שהם הרי מינו חלתא וכבר נשאו ונתנו בדבר מתוך שלשה הא תו לא נפקא לן מינה אם סילק הא' את עצמו עכ"ל הרי שאין דבריו ז"ל אלא בשכבר גמרו ונעשו רמ"ך ולהכי מרן בש"ע בשבא לפסק הלכה השמיט הל' שכתוב בהג"א קודם שידע להה"ן כדי שלא נטעה דקאי אסוף הלשון דאם ידע להה"ן שהב' יכולים לגמור דהא ליתא ולא הוצרך מרן להשמיענו דאם כבר גמרו ונעשו רמ"ך דיכולים לגמור הדין דמאי צריכא למימר פלא כבר נגמר שנשאו ונתנו בדבר ונלקו הרבים על היחיד ומאי יכולים לגמור את אשר כבר עשוהו ומכל מה שכתבנו מוכרח מרן להבין דהאי ידע להה"ן דקאמרי הג"א לריבא הוא דאצטריך לומר דאחר שידע להה"ן אף קודם שנשאו ונתנו לגמר דין אסור לדיין להסתלק והן הן כונת הדברים באמת ולא כהר"מ והב"ח הרי לך דפירו' ויושר

להיכן הד"ן היינו שכבר נשאו ונתנו לגמ"ד וכן כד' דקדוק הלשון דלא קאמר משידע שפ' זכאי ופלוני חייב וכו' אלא משידע להיכן הדין נוטה ש"מ דמטין איתמר דנוטין הדברים לצד אחד אעפ"י שעדיין לא נגמר הדין . וכי תימא כ"ז הוא אליבא דהתוס' ור"י והג"א שפי' דנגמר הדין היינו שדקדקו בדין היטב ולא אמרו פ' זכאי ופ' חייב ומוכרח לומר לדידהו דפי' ידע להה"ן דקאמר ר"ש בן מנסיא היינו שלא דקדקו היטב ולא גמרו אבל לפירש"י שפי' נגמר הדין שאמרו איש פ' זכאי וכו' אתו דברי ר"ש בן מנסיא כפשטן דפירוש ידע להה"ן שגמרו מלשאת ולתת בדבר וא"כ לדידן דבתריה דמרן גרירן שפסק כרש"י הוי פירוש ידע להה"ן שגמרו את הדין ולא אמרו פ' זכאי ופ' חייב הא ליתא כלל דמלבד שאין לנו לעשות מחלוקת חדשה בין הפוס' כי הנה בדין ביצוע לא כ"מ מודו דהכן לא קי"ל כר"ש בן מנסיא אלא כמ"ד נגמר הדין א"א רשאי לבצוע מ"מ הרי נולד לנו מחלוקת חדשה לענין סילוק הדיין דלרש"י פי' ידע להה"ן שגמרו מלשאת ולתת ולהתוס' ודעימייהו פי' יודע להה"ן אעפ"י שלא עיינו כל הצורך ולא גמרו מלשאת ולתת ולא מצאנו בשום פוסק שהזכיר מחלוקת זה דנ"מ טובא לדינא והרי קי"ל אפושי פלוגתא לא מפשינן עוד זאת שכבר כתבנו דמשמע הלשון כן הוא ולא ראינו בשום ספר מפורש שפי' להיכן הדין נוטה היינו דוקא שכבר נשאו ונתנו ונעשו רמ"ך ואדרבא הרואה יראה להרב הגדול מהרא"נ"ח בתשו' סי' קכ"א בכ"ד על ראובן ושמעון שבררו דיינים ושמעו טענותיהם והוצרכו למכריע ושהעמידו הק"ק ס"י ללוי למכריע והדיין הא' לא קבל ללוי להיות מכריע והדיין האחר הוא אומר או תקבלו ללוי או אסתלק שיוכל להסתלק אם לאו והביא בתשו' סוגיא דש"ס דמשידע להה"ן אינו רשאי וכו' איני נזקק וכתב דמדברי התוס' אפשר לו' דאפילו קודם שידע להה"ן בה"ג דכ"ד אינו רשאי להסתלק כיון דהניחם שוים והביא דברי התוס' וכתב אח"כ דמ"מ נקטינן דלכל הפי' דמשידע להה"ן אינו רשאי לומר איני נזקק וכו' ע"ש הרי דבנ"ד דהרב אכתי לא גמרו מלשאת ולתת שהרי עדיין צריכין למכריע שיטענו לפניו והוא יכריע ביניהם ויגמר הדין ואפ"ה קרי ליה הרב לנדון זה שכבר ידע להה"ן ומוכרח לומר שהכונה בו שהדיין עצמו קרא ושנה ולפי אומד דעתו שפ' זכאי ופ' חייב הגם שחבריו לא הסכימה דעתם עמו אכתי מקרי יודע להה"ן ואינו רשאי להסתלק והרב ז"ל כתב הדברים בדרך פשוטה מבלתי שום ספק אלמא דסבר דליכא שום מחלוקת בפי' זה . גם הרב שבות יעקב בח"א סי' קמ"ג הביא דברי הב"ח במה שחלק על דברי מרן בפי' דברי הג"א אשר כתבנו לעיל וכתב הב"ח דכונתם לומר דאם ידע להה"ן יגמרו הדין הב' הנשארים וכתב עליו הרב שבות יעקב וז"ל לא ירדתי לסוף דעתו כלל דמה בכך שיודע להה"ן מ"מ כיון שרוצה להסתלק קודם שנושא ונותן לגמר דין ממש איך יוגמר הדין בב' עכ"ל הרי לך שלא עלה על לב הרב ז"ל דפי' יודע להה"ן דהיינו שכבר נשאו ונתנו לגמ"ד ונעשו רמ"ך גם הרב המאסף חופש כל חדרי

בטן

כתן בס' מטה שמעון בהגב"י אות ד' תמה על הרב כ"ה מעין זה וכתב דה"מ דמשודע להה"ן דגמרי' בב' דע"כ לא אמרו אלא בנחלקו דב' אומרים זכאי וא' אומר חייב אבל אם לא אמר כלום איהך קם דינא בב' ואין לומר דכשיודע להה"ן היינו שאמר ג"כ הוא סברתו דזה לא משמע מסתמיות דברי הפוס' אלא דיודע היינו לבין עצמו להה"ן וכו' עכ"ל הרי לך תכל נביאים מתנבאים בסגנון אחד שפי' ויודע להה"ן היינו שידע בינו לבין עצמו ולא מצאנו מי שכתב כפי' הפך זה כי אם ממש שמצאנו להר"מ והב"ח ז"ל שהקשו על מרן כפי' דברי הג"ה וכתבו דאם נסתלק הא' אחר שידע להה"ן יגמרו הב' ומוכרח לומר שהבינו שפי' יודע להה"ן שכבר נשאו ונתנו לגמ"ד והרי עינינו הרואות שהושנו מהאחרונים ולא עמדו דבריהם וכ"ש שאנן בעניותין הכרחנו הפי' הזה בראיות וכתבנו דדברי מרן שם מוכרחים בראי' מולק ילוקים הא פשיטא דהכי קי"ל דכל שידע הדיין בינו לבין עצמו להה"ן אסור לו להסתלק והדברים ברורים ומאוורים כשמלה וק"ל :

מיהו ראיתי להרב מט"ש שם שהביא דברי מהר"א ברודו בתשו' הנז"ל וכתב דמפשטיו' דבריו שהשוה דעת מרן והב"ח לענין דינא משמע דאפילו לא גילה דעתו הדיין ההוא שנסתלק שלא שיודע להה"ן מודים שנגמר הדין עפ"י ב' הנותרים וכן תפס במושלם מהרי"ק סי' א' יע"ש וקשה דמה בכך בידיעת הדיין מאחר דלא גילה דעתו וכו' עכ"ד ומה שהקשה על מהר"א ברודו כבר כתבתי לעיל דקושטא קאמר דאם כבר גמרו מלישא וליתן ונעשו רמ"ך הא ודאי דגם מרן מודה דיכולים הב' לגמור את הדין וכן הוא מדוק' בדבריו שכ' ויכולין הב' לגמור את הדין כיון ששם הרי מנו תלתא וכבר נשאו ונתנו בדבר מתוך שלשה הא תו לא נפקא לן מינה אם סילק א' מהם את עצמו עכ"ל מדכתב נשאו ונתנו בדבר מתוך שלשה מש' שכולם יחד נשאו ונתנו ובכי הא לכ"ע יכולים הב' לגמור את הדין ואין כונת הרב לומר דשב' מן השלשה נשאו ונתנו והאחד שותק גם מה שהביא ההיא דהרב גבעות עולם לדידי לא דמיא דהתם כיון שכבר בדקו השכין הד' בודקין ואמרו יפה כיון שבדק הח"כ החמישי ולא ענה הא ודאי אודוי קא מודה להו ולא דמי לשאר ענייני הדיין דצריכי משא ומתן בדברי טענותיהם כנודע וכ"ש שאני רואה בשאלה הכתובה לפני הרב ז"ל שכתוב שם וכן עשה ראובן בראה סכינו פעם שנית לבקיאים הנז' ושם ה' אנשים ובכללם בית שמעון וכו' והודו לו לראובן ארבעתם בפני הרבנים היות סכינו יפה ושמעון אף עמהם ואח"כ חזר בו שמעון ואמר שלדעתו לא היה סכינו של ראובן יפה וכו ע"כ הרי הדברים מורים שגם שמעון הודה עמהם שהיא יפה ואחר כך חזר בו והא ודאי דלאו כל כמינים לחזור אחר שכבר הודה לפני הרבנים והגם שנפרש כמו שהבין הרב דהארבעה הודו לפני הרבנים והחמישי לא אמר כלום לא טוב ולא רע מ"מ נראה ברור דכל כה"ג דהם מעידים לפני הרבנים שסכינו של ראובן יפה והוא עמד בשתיקה הא ודאי כהודאה דמיא ואין זה אלא תורת עדות שהעידו על חזקת ראובן שהוא מומחה :

גם ע"ש הרב מטה שמעון בתי' וז"ל ואפשר דס"ל דבשלמא כשאומר איני יודע וכו' לא אמרי' בב' הנותרים משום דארעתא דתלתא יתבי וכו' נראה דסבר הרב דבנ"ד דהרב גבעות עולם אלו היה אומר החמישי א"י אין השאר יכולים לגמור · ואני אומר דאחרי התחילה מהור כבודו דמעיקרא אין נדון הרב ז"ל דומה לדיני ממונות דאין זה אלא הוראה וכבר אנכי בעניי כתבתי במקום אחר דג' שישבו להורות וב' הסכימו להתר או לאיסור והג' אמר איני יודע דקם דינא כמו שהורו הב' דלא דמי דין הוראה לדיני ממונות דבד"מ מדינא בעינן תלתא וכשאמר א' איני יודע אשתכח דלא הוו כי אם ב' דהג' כמאן דליתיה דמי משא"כ בדיני איסור והיתר דמעיקרא לא בעינן ג' ובתר שני הנס שנאמר דכמאן דליתיה דמי לא איכפת לן ותס"ט הרב ותלמידו נמנים לב' בדיני איסור והיתר משא"כ בד"מ כמבואר בש"ס בסנהד' דל"ו ע"א ע"ש ובפרש"י ועיין גם בד"ק ע"ב כמאי דפריך לשמואל ומשני התם ארעתא דתלתא יתבי עי"ש ברש"י וא"כ זה שבודק החמישי הנז' בתשו' הרב גבעות עולם לדידי חייב מן הדין לחתום עמהם ובטל במיעוטו כיון שהד' בודקים שעמו ראו שסכינו של ראובן יפה הרי קם דינא כדבריהם וחזקתו חזקה גמורה והדברים ברורים :

והנה בהיותי עומד על ענין זה ראיתי להרב בית שלמה בתשו' ח"מ סי' כ"א בנ"ד בראובן ושמעון שנפלו ביניהם הפרשיות ובררו ד' שוחרים כדי לגזור ולפשר ביניהם כפי מה שיראה בעיניהם ובעמדם על הדיינות הנז' ראה הברור שמצד שמעון שהיה ברצון שאר הברורים לחייבו לש' כמה שאינו חייב לא רצה לימנות בדיינות ההוא ונסתלק ממנו ולא נמנה בכל מה שעשו הפשרנים הנ"ל ולא חתם עמהם וכו' אם יש כח לש' לבטל הדיינות הנ"ל וכתב בתשו' דפשיטא שאם הדיין הא' נסתלק ולא טען טענותיו לפני האחרים אין בדברי שאר הדיינים והמכריע מאום ושמעון פטור עכ"ד ולפי מה שנתבאר יש לעמוד על דבריו דאיך לא כתב הרב ז"ל דאסור לו לאותו ברור להסתלק כיון שכבר ידע להה"ן אף שעדין לא עשו גמ"ד לסיות רמ"ך אכן הנ"ל ברור שיען דבנ"ד דהרב ז"ל כבר עמדו לדין ראובן ושמעון לפני ב"ד ויצא שמעון זכאי בדינו ובקש ראובן להרע לשמעון והוכרח ש' במעשיו לעמוד עוד לפני שוחרים ומסר מודעא ע"ז וא"כ זה הברור שמצד שמעון כשראה שאף ששמעון פטור ועטיר עכ"ז רצו שאר הברורים להעמים עליו מה שאין יכולת בידו לפרוע ולזה נסתלק ובאמת שיפה עשה ואעכ"ט שאחר שכבר יצא זכאי מב"ד הלרק כיצד יחייבוהו כמה שאינו חייב ואין יכולת בידו ליתן · מיהו ראיתי להרב מטה שמעון בסי' ג' הגב"י אות ו' שאחר שהביא דעת הב"ח והש"ך שכתבו שאם נסתלק אחר שידע להה"ן שיכולים הנשארים לגמור את הדין כ' מיהו שראה בבית שלמה סי' כ"א וראה להפך מזה דהתם כתוב בנדון השאלה שכבר ישבו לדון יע"ש ע"כ ואני אומר דלענ"ד אין ביניהם כמלא נימא והעיקר הוא דהם הבינו פי' ידע להה"ן שכבר גמרו מלישא וליתן ונעשו רמ"ך והנה כי כן כתבו דשב' הנשארים יגמרו

ויגמרו את הדין וגם מרן יודה בזה אם כבר גמרו את הדין מכל וכל אבל הוא הכין דפי' ידע להש"ן היינו שלא גמרו מלישא וליתן ולהכי אין הב' יכולים לגמור הדין כיון שעדין לא נשאו ונתנו לגמ"ר ממש וא"כ בנ"ד דהרב בית שלמה דהבירור כראותו שדעתם להטעים על שמעון לא ישב עמהם לישא וליתן ולעשות דמ"ך והנה כי כן אין הנשארים יכולים לגמור הדין וכמו שכתב ב"ז הרב מהר"א ברודו בתשו' הנז"ל וע"ש ודברי הבית שלמה נכונים כנ"ל :

וראיתי למהרי"ט ז"ל בח"מ סי' ע"ט בנ"ד בתשובה שישבו לדון ונפרדו ב' מהשלשה וכתבו פס"ד וכתב דנראה שהדבר ברור שמה שפסקו מקצתם בלא משא ומתן יחד עם חביריהם אפילו אם היו רבים שלא נשאו ונתנו יחד עם היחיד אין מעשיהם כלום וכו' כ"ש היכא דוידו למנין ה' ונפרדו ב' מן הג' בלא משא ומתן וכתבו ופסקו שאין בדבריהם כלום וכו' ואם נפרדו ב' מהם וזיכו וחייבו להו כלום הוא ועפ"י ג' האחרים יגמר הדין עפ"י רובם שהם ב"ד וכו' עכ"ל · ואיני מבין דבריו דכיון דאדעתא דה' יתבי ונפרדו הב' בלא משא ומתן היאך יגמר הדין עפ"י הג' האחרים ודמי ממש למ"ש בגמ' אליבא דשמואל דס"ל דב' שדנו דיניהם דין והקשו מהא דתנן אפי' שנים אומרים זכאי וכו' ואחד אומר איני יודע יוסיפו הדיינים ואמאי ליהוו כשנים שדנו ומשני שהם אדעתא דתלתא יתבי ע"ש וא"כ דכוותא אע"ג דבעלמא ג' הם ב"ד גמור כל שישבו ה' ונסתלקו הב' אינם יכולים הג' שנשארים לגמור הדין וכמ"ש הרשב"א בתשו' הביאם ב"י סס"י י"ג בראובן ושמעון שבירדו יו"ד אנשים וכו' יע"ש ואין לומר דלא אמרו שאין הג' יכולים לגמור הדין אלא היכא דנסתלקו מלדון כלל אבל בנ"ד דמהרי"ט דנפרדו וזיכו או חייבו אפשר דיכולים הג' לגמור דהא ליתא דבכל זמן שלא גמרו לישא וליתן יחד היאך יגמר הדין בג' הנשארים ובבר כתב דאף אם ישבו הב' עמהם עוד לא מהני דנסיפא להו מלתא לחזור מדבריהם והדברים פשוטים ·

ואיך שיהיה במלא קיצורן של דברים דפי' יודע להש"ן תלוי בפלוגתא דמרן ומהראנ"ח ז"ל והש"י והרב מטה שמעון שפי' אפילו שעדין לא גמרו מלישא וליתן יחד לגמר דין וכפי' רבינו יונה ז"ל ולהרב בד"מ והב"ח והש"ך ממה שהשיגו על מרן וכתבו דיכולים השנים לגמור הדין משמע דס"ל דפי' יודע להש"ן היינו שכבר נשאו ונתנו יחד לגמ"ד וא"כ הוי ספיקא ואם באנו לדון הא ספיקא דנ"ד הוי ספיקא דאורייתא וספקו להחמיר דהא למ"ד דמיקרי יודע להש"ן עבר הדיין בל"ת דלא תגורו מפני איש ואין לומר דיכול הדיין לומר קי"ל כמ"ד דפי' יודע להש"ן כמו שפסקו הד"מ והב"ח והש"ך ומותר אני להסתלק דהא ליתא כלל דמלבד דנראה דזה דעת מרן ואנן בתריה גרירנן ואין יכול לומר קי"ל נגד מרן הלא אפי' דלא נימא הכי מ"מ בנ"ד הוי מילתא דאיסורא ולכ"ע אין לומר קי"ל וכ"ש אי הוויא איסור תורה שהרי אפילו במוחזק דפתיך ביה איסורא אית ביה פלוגתא דאיכא מאן דסבר דאזלינן בתר ממונא ויכול המוחזק לומר קי"ל מ"מ כבר כתב הרב מהר"י הלוי בתשו' סי' כ"ב וכ"ג הביאו הכנה"ג בכללי הקי"ל אות ס"ז וז"ל אפי' נימא דיכול לו' קי"ל היינו באיסו' דרבנן אבל באיסו' דאו' לכ"ע אינו יכול לומר קי"ל ע"כ וכ"ש בנ"ד דליכא שום דררא דממונא (ועיין בס' שבט בנימן סי' ס"ו) :

ושמעתי יש מי שאומר דאף בכה"ג יכול הדיין לומר קי"ל כיון דעיקר איסורו הוי בשב ואל תעשה שלא יזקק להם וחיליה ממ"ש הרב שבות יעקב בתשו' ח"א סי' כ"א דטעם דאמרינן קי"ל בממון ולא באיסור דהא גם בממון אם אין הלכה כן הו"ל גזל ביד המוחזק ואיסור הוא וכתב דנ"ל דבכי ממון לא עבדינן איסור גזל רק בשוא"ת דהיכא דקיימי זוזי הוקים מספק משא"כ לומר קי"ל ולאכול ולעשות איסור בקום ועשה זה לא אמרינן ע"כ והרב ברכ"י כללי הקי"ל אות י"ג הביאו וכתב דנכון הוא ע"ש. ומינה למדו דהיכא דהוי מילתא דאיסורא בשוא"ת אף דהוי איסורא גרידא המוחזק יכול לומר קים לי וה"ה בנ"ד שרוצה הדיין להסתלק ולעבור האיסור בשב וא"ת ע"כ · ולדעתי דברי הרב ש"י הנז' הן הם דברי הרב בעה"ת בשער כ"ט ח"ב ס"ו שכתב וז"ל וחזקת ממונא גבי נתבע ואוקי ממונא בחזקת מריה עדיף טפי כי היכי דלא נפגע בספק גזילה ונעשה מעשה בידים עכ"ל ובאין ספק כי כונתו לומר דשאני ממונא שהוא ואיכא חזקת ממון אפילו דהוי ספק מ"מ הוי איסורא בשוא"ת משא"כ אי מפקינן מיניה דמפקינן ליה מחזקתיה ועבדינן איסורא בקום ועשה בבי קובע וא"כ דבמילתא דאיסורא דליכא שום חזקת ממון לא איכפת לן אי הוי איסורא בשוא"ת או בקום עשה והרב ש"י בכלל זה ללמד על עצמו יצא בנ"ד דהוי איסורא בקום ועשה ולא ללמד על הכלל כלו יצא דהיכא דהוי איסורא גרידא בשב וא"ת יכול לומר קי"ל · והרואה יראה דהרב ש"י גופיה בסי' קמ"ג דעינו ראה להב"ח דהתיר להדיין להסתלק מן הדין ואפי"ה דן הרב דלא כוותיה ואי סבר הרב דאפי' באיסורא יכול לומר קי"ל היכא דעובר האיסור בשוא"ת א"כ גם הכא יכול הדיין להשמט ולומר קי"ל כס' הב"ח דמתיר אפי' בהפסד ממון · אמת שיש לדוחה לדחות דמה שלא כ"כ הוא מטעם שהרב גופיה דחה ס' הב"ח ואפשר דלא אמרינן קי"ל בכה"ג דלא מסתבר טעמיה · אבל בתשובי ראיתי בתשו' תמת ישרים סי' קכ"ם בנ"ד כתב בתוך תשובתו וז"ל עוד כתב ב"ח דכיון דלכל הני רבוותא דס"ל דבידי שמים הרי נמצא שאם מפרישין אותו נמצא מבטל עונה ועובר על ל"ת ע"כ ולדידי לא איריא וכו' דבשל תורה הלך אחר המחמיר וכו' וכ"ש אם המחמירין הם האחרונים וכו' ומ"ש ב"ח דלדעת כל הנשו רכו' אם מנע העונה עובר בלאו דלא יגרע וכו' אבל בנ"ד דהוי פלוגתא דרבוותא ולא מצי למימר קי"ל כדברי המיקל דבאיסורא לא אמרינן הכי כמ"ש מהריק"ו סי' קמ"ט וכו' יע"ש מפורש יוצא דאפילו באיסור שהוא עובר בשוא"ת כתב דלא מצי למימר קי"ל והביא ראיה ממהריק"ו שכתב כן אפי' במ"ע וכ"ש בל"ת וגדולה מזו כתב מהרשד"ם בי"ד סי' ס"ב וז"ל אמנם נראה בעיני דאע"ג דהאי דינא אמרינן בדינא דממונא היינו בעניינא דאינו נוגע לאיסור אבל בענין נ"ד דפלוגתא הוי באיסורא וכן לאו כ"כ דשמעון שיאמר קי"ל כפ' דרוקא בענין

ממון

ממון לחוד אמרינן הכי אלא בענין איסורא וכ"ן שכ' מהרי"ק וכו' ע"ש גם מהר"א ששון ז"ל בתשו' סי' קס"ב עלה זנסתפק היכא דאיכא איסורא ותמוכא אי אזלינן בתר ממוכא ויכול המוחזק לומר קים לי או בתר איסורא אזלינן ואין יכול לומר קי"ל ועיי"ש תשו' הרשד"ם הנז' וכתב סוף דבר אם היה כ"ד בענין שכין אדם לחבירו היה כמעט הדבר ברור לזכות את הלוה אבל בכ"ר דהוי הקדש וכו' מוקד בהקדש עניים וכו' ע"ש הרי דמהרשד"ם ומהרא"ש ז"ל דעתם לומר דאפילו בממונא דהוי שוא"ת אפי"ה כיון דפתיך בהדיה איסורא לא מצי לומר קי"ל וכ"ש היכא דהוי איסורא לחודיה ואף שדברי מהרשד"ם ומהרא"ש הינם מוסכמים לדעת רבים מהאחרונים וכמ"ש מהרח"ש בח"ב סי' טו"ב וכן אסף וקבץ הרב שער יוסף ז"ל בתשו' סי' ו' ובכרכ"י בכללי הקי"ל אות כ"ב יע"ש מ"מ לא פליגי אלא משום דחזקה דממוכא עדיפא להו והעמד ממון על חזקתו וכמ"ש בעה"ת שמ"ו תשו' הרא"ב יע"ש ועיין בתשו' הרב לב שמח ח"מ סי' ח"י עש"ב מ"מ לא מצינו דאשמיט חד מינייהו לומר טעמא דמני לומר קי"ל משום דהוי שוא"ת אלא משום דהוי חזקת ממון והכ"ד"ו גופיה שהביא תשו' הש"י וכתב דנכון הוא כההיא פלוגתא הנ"ל דאפליגו על הרשד"ם והכריע כוותייהו לא הכריע אלא מטעם דחזקת ממון עדיפא ולא מטעם דהוי שוא"ת אלא ודאי שכונתו לו' דבממונא אע"ג דפתיך בים איסורא דנול מ"מ אי לא מפקינן מוניס הוי עובר בשוא"ת משא"כ לגבי אירך דעובר בקום עשה וכן הם דברי בעה"ת במ"ש אבל לאו למימרא דבכל איסורין דהוו בשוא"ת יכול לומר קי"ל ולא מלינו שום פוסק שכתב כן לא מן קמאי ולא מן בתראי ומי שאומר כן עליו להביא ראיה וכמ"ש הריב"ש ז"ל סי' שפ"ו על מי שרלה לומר דמל"ח שאינו בשוא"ת קילא דהוית כמ"ע הבאנו דבריו לעיל והרי שכא אפילו באיסור מ"ע כתב הריק"ו סי' קמ"ש לענין פיטור כעלת ה' מן הטלית דלא מצי למימר קי"ל כיון דהוי מילתא דאיסורא והרי אפילו במ"ע דקיל לא מצי למימר ב"ש כל"ח דאף דהוי בשוא"ת ומ"ב דאפילו היכא דהוי איסור וממון הזכא דסדוב ס"ל דהוי ר"ק דעת רבים מהאחרונים דלא מצי למימר קי"ל משום דבאיסורא אזלינן בתר רובא עיין בס"ך סוף הל' רבית גם הפמ"א בח"א סי' כ"א הר"ן ע"ד כתב כן יע"ש וכן כתב שמ"מ ח"ב סי' פ"ט וכן הכריח החק"ל ביו"ד ח"ב סס"י י"ד יע"ש ועיין להרב זרע אמת ביו"ר סי' כ"ה שהאריך בזה וכתב דכך היא ס' מהרשד"ם ורוב הפוס' ומאן דסבר דאפילו היכא דהרוב ס"ל דהוי ר"ק יכול לומר קי"ל הוו מיעוטא וכטלי יע"ש וכ"ש בכ"ר דהוי איסורא גדירא והוי ס' של תורה ומאן דסברי הפי' וורע להה"ן היינו אפילו אם לא נשאו ונתנו לגמר דין הוו כתראי. דסבב ש"י והרב מטה שמעון הם ראו דברי הכ"ח וחלקו עליו ואנן קי"ל הלכתא כבתראי וכ"ש שלא כתבו הד"מ והכ"ח כן כפי' לסיפך אלא שאנו דנין מכח מה שהקשו על מרן והחולקים עליהם כתבו כן כפי' ונראה שדעת מרן כן וכמ"ש לעיל ופשיטא דבכה"ג אין לומר קים לי והדברים ברורים כשמש ועיין רואה להרב כנה"ג בתשו' חי"ד סי' קמ"ה בדין כבוש דאיכא פלוגתא דרבוותא אי הוי נ' ימים או

מעת לעת כתב שם ברפ"ט ע"א דאפילו שרבים הסוברים דבעינן ג' ימים והמיעוט סוברים דסגי מעת לעת וכו' אם נכבש מעת לעת אע"ג דספקא הוא שמא הלכה כמ"ד דבעינן ג' ימים הו"ל ספיקא דאורייתא ולחומרא ע"כ ע"ש גם הרב פני משה בתשו' ח"ב סי' קט"ו בכ"ר כתב דס' שבועה להחמיר מכח דברי מהר"ס כ"כ דס"ל דבמת א' מהשותפים לא נתבטלה השותפות הגם דס' מהר"ס סווא סברא יחידאה כתב דמ"מ ספקא הוא וס' שבועה להחמיר יע"ש הרי דבספק של תורה אזלינן לחמיר אפילו כמיעוט נגד הרוב ועם כי הכי בעניי איני רואה דבריהם עיקר לדינא שהרי בכל ספיקי תורה אזלינן בתר רובא בין להקל בין להחמיר וכמ"ש בתשובות הרשב"א בח"א סי' נר"ך ובתשו' מהר"ס אלשקאר סי' נ"ן יע"ש וכן כתב בתשו' הרב כנה"ג הביאם בח"מ סי' ט"ו יע"ש גם הרב חק"ל ביו"ד ח"א סי' ע"ז דקי"ז ע"ג תמה על הכנה"ג ע"ש ובתשו' אה"ע סי' מ"ה דל"ח ע"א יע"ש ומה שיש לדקדק מדברי הכ"ה ע"א בח"כ סי' כ"ח דלא חש לס' וחזרה אפילו במקום שבועה ונראה דהדר ביה ממ"ש בסי' קט"ו ונ"מ נקוט מיהא דדעתם של שני גדולי הדור להחמיר בספק של תורה וכן נוטה דעת מהרשד"ם בתשו' אה"ע סי' שכתב דבאיסור שבועה אף בס"ס ראוי להחמיר וככר עמד על דבריו החק"ל בא"ע סי' הנז' יע"ש גם לע"ד דאשתמטיתיה תשו' הרשב"א ח"א סי' ח"ה שכתב דס"ס עדיף מרוב ואפשר דאנוס הזקדו ותקר מרוב ושרי אפילו בדאתחזק איסורא ע"ש גם בדוחה וראה להרב שבות יעקב בח"א סי' ק"ד בכ"ר שכתב דספק חרם להחמיר הגם דכ"ר הוי שוא"ת ולענין ממגות פטרו להמשודך מן הקנס דמספיקא לא מפקינן ממונא עכ"ז לענין איסורא לא מלאו לבו להקל וסתב דספק חרם להחמיר ע"ש ולא עוד אלא דכי דוויקא שפיר עיקר טענה דאמרינן קי"ל בממונא הוא מטעם דאין הולכין בממון אחר הרוב כדאיתא ברים המניח את הכד ובדים פרק הפרה ובלים המוכר פירות וטעמא שכיון שזה מוחזק בממון שמוך מיעוטא לחזקתו וכל זה לא שייך לענין איסורא דמדאו' אזלינן בתר רובא היאך יהיה מקום לומר קי"ל והרי שמתא אמרו בפ"ק דע"ז הוו כ' אחר מטמא ואחד מטהר אחד אוסר ואחד מתיר וכו' ריב"ק בשל תורה הלך אחר המחמיר ופסק כן הרמב"ם בפ"א מהלכות ממרים יע"ש ואין לומר דלא אזלינן בתר המחמיר אלא בשוין משא"כ אם הוו המחמירין קטנים נגד המקילים והוי הכא הד"מ והכ"ח והש"ך הם גדולים בערך הרב ש"י והמטה שמעון ז"ל ומ"ש דנראה דעת מרן כן אפשר לדחות לדחות דלא מכרעא כ"כ והוא דסכאנו משם מהרא"ת הרי לא ראה דברי הד"מ והכ"ח ולא עוד אלא שכבר כתב מהר"ם אלשיך בתשו' סי' ט"ל דע"כ לא אמרינן הלכה כבתראי לגבי קמאי אלא כשאין כ"כ בתראי לקמאי אלא כהדרנא אמוראי קמאי לאמוראי בתראי אבל היכא דאיכא כינויהו כהדרנא שכין אמורא לתנא לא אמרינן הלכה כבתראי ע"ש דכל זה כ"ר מנן שוה חדא דלא כתב כן מהרמ"א אלא ככ"ר דדעת התוס' וסמ"ג ורבינו ישעיה להחמיר ודעת מהריק"ו להקל ולא עוד אלא שלא הזכיר דבריהם ועל זה כתב בתשו' דאין מקום לומר דנקטינן כמהריק"ו דהוא

בקרא חדא שלא שבית דבריהם כלל ושמא אם היה רואה דבריהם היה חוזר בו ועוד דמהריק"ו לגבי התוס' הו"ל כמדרגת תנאי ואמוראי ומ"ג שדעתו להקל ושם מאמורים יע"ש משא"כ כל זה בנ"ד חדא דהב"י והמטה שמעון ראו דברי הב"ח וחלקו עליו ועוד אין כ"כ מדרגת הב"ח והד"מ להב"י והמט"ש כמדרגת התו' ומהריק"ו ולא עוד אלא דלפי פירוש הד"מ והב"ח איכא קולא ולפי פירוש הב"י והמ"ש איכא חומרא ואפילו את"ל שהם קטנים נגד הגדולים כבר כתב מרן בכ"מ אדברי הרמב"ם דמה"ק דמפליג בין גדול בחכמה ובמנין לאינו גדול משמע דריב"ק אפילו אחד גדול מחבירו בחכמה ובמנין בשל תורה הלך אחר המחמיר ע"כ הרי דבשל תורה אזלינן בתר המחמיר אפילו שהוא קטן בחכמה ובמנין ואף שאין. נראה כן דעת הרשב"א סי' רנ"ו שכתב שני פוסקים זה אוסר וזה מתיר אם נודע דהאחד גדול בחכמה ובמנין הולכין אחריו בין להקל בין להחמיר היו שניהם שוין בשל תורה הלך אחר המחמיר יע"ש מ"מ בנ"ד גם הרשב"א יודה חדא דבנ"ד בתראי נינהו ומהוא חזו לדברי הגדולים וחלקו עליהם וקי"ל הלכתא כבתראי ובנ"ד דהרשב"א לא איירי בהכי ועוד שהרי מהראנ"ח הוא פוסק קדמון מדורו של הב"ח וקאי בוותייהו. וגם שכבר ראיתי למהר"ם בן חביב ז"ל בכלליו כלל א' שכתב דדעת הנ"מ והסמ"ג כמ"ש מרן הכ"מ כדעת הרמב"ם והרי"ו והריטב"א ומוהר"ם אלשקאר כדעת הרשב"א וכתב דלענין הלכה קטינן דהם המחלוקת בשל תורה נפסוק כדעת הרמב"ם וסיעתיה דהלך אחר המחמיר ובשל סופרים נפסוק כדעת הרשב"א לילך אחר מי שגדול בין להקל בין להחמיר וכתב שכן נראה מדברי הש"ך יו"ד סי' רמ"ב בפסק הארוך יע"ש וכ"ש בנ"ד דאפילו הרשב"א ודעימיה יודו וכמ"ש: עוד כתב מהרמב"ח שם בד"ה ומה שעלתה מצודתי וכו' לענין מחלוקת באיסורי תורה. אע"ג דרוב הפוסקים הם מתירין כיון שיש ב' או ג' פוסקים אחרים חוששין לדבריהם לענין הלכה למעשה עכ"ל ובכל שכן וק"ו בנ"ד דשוין הם האוסרים והמתירים:

זאת העולה מן המדובר מכל מה שכתבנו תורה יוצאה בנ"ד דהוי ספק של תורה לכ"ע אזלינן ביה לחומרא ואין רשות להדיין להשמט ואין מקום לומר קים לי אפילו אי חזינא בפירוש מי שכתב כן וכל שכן דלא מצינו מי שכתב כן והשתא דהרב שבות יעקב לא מכריע כלל וכמו שכתבנו וכל שכן לפי מה שביארנו דנ"ד גם אי קרינן ביה אינו יודע להיכן הדין נוטה דין הוא שאינו יכול להשמט דהוי בדין ממונה לרבים יען שאין גדולים מהם בעיר לדון בין אדם לחבירו וכמ"ש הרב גבעות עולם בנ"ד או כמ"ש הרב לשון ערומים וכתבנו דבריו לעיל וכיון דהוו תרי ספיקי לחומרא אפי' בספיקא דרבנן הדין כן להחמיר כמבואר בכלל הס"ס ויעויין עליהם מכל הני נראה דבנ"ד אזלינן לחומרא והכי נקטינן:

עתה רגע הדבר במה ששמעתי כי הדיין שהוא מרוב כעסו ושיחו קפץ ונשבע לבלתי הטפל עוד בדבר הזה אי חיילא עליה שבועה בכה"ג אם לא. ונכנס שם מקום אתי להאריך קצת בענין זה עכ"ז אקצר ועולה במקום שאמרו לקצר. ובגון נודע דבמידי דהוי דאורייתא כגון אם נשבע שלא יאכל מצה בליל פסח או שלא ישב בסוכה אין השבועה חלה וכמ"ש מרן ביו"ד סי' רל"ט ס"ד ע"ש ובמידי דהוי דרבנן כגון שלא להדליק נר חנוכה וכיוצא השבועה חלה. ואם נשבע לעבור על מצות ל"ת אפילו היא דרבנן לא חלה עליו שבועה כמבואר שם ס"ו ע"ש ונראה ודאי דכנשבע לעבור בקום עשה בספק של תורה כגון לאכול דבר שהוא ספק דאורייתא פשיטא דלא חלה עליו השבועה דלא עדיף מידי דרבנן לגבי מידי שהוא ספק מן התורה. האמנם בנ"ד שהם נשבע וקיים הוי עובר על ש' תורה בשב ואל תעשה בזה יש מקום להסתפק. והנלע"ד הדין זה תלוי בפלוגתא דרבוותא דאיפליגו בספק דאורייתא דקי"ל לחומרא אי הוי מדאורייתא או מד"ס דאי אמרינן ספקא דאורייתא לחומרא מן התורה הרי זה כעשה כודאי של תורה ולא חיילא עליה שבועה אפילו בשוא"ת וכדין נשבע שלא לאכול מצה אך אי אמרינן ס"ד לחומרא מדרבנן הו"ל כמי שנשבע שלא להדליק נר חנוכה:

ובחפשי ראיתי להרב גדול בדור האחרון בתק"ל ביו"ד ח"א סי' קי"ח שאסף וקבץ דעת הפוסקים בזה וכתב שדעת רוב הראשונים דספק תורה להחמיר הוא מן התורה והביא כמה ראיות על זה וכן הסכימה דעתו דעת עליון יע"ש גם ע"ש בסי' קכ"ח שהעלה דלאו דוקא באיסור תורה שהוא לאו ועשה אלא אפילו באיסורי תורה דאית בהו איסור גרידא ספקו הוא להחמיר ויעוין עליו ומעתה לעד"ן דבנ"ד אף שבועה לא חיילא דהוי באיסור תורה ממש ואת"ל דחיילא כי האי גוונא מ"מ אליבא דכ"ע כופין אותו לישאל על שבועתו ולא לעבור איסור תורה כנ"ל. שוב ראיתי להרב כהונת עולם בהלכות שבועות דנ"ו מה שכתב בזה ועיין בתשו' קול אליהו ח"א יו"ד סי' י"ז מ"ש בזה ויש לי לעמוד על דבריו ואכמ"ל:

אישובה אראה עמ"ש בשאלה דעלה על דעת הדיין לומר שכל הארבע דיינים בפלגו בדין זה יען כי כבר איגלאי מילתא לתובע שדעתם לזכותו וכיסופא להו למיהדר לחייב את הזכאי לפי דעתם וכו'. הנה אם אמת הדבר שכן דעתו הדברים תמוהים איך עלה על לבו כדברים האלה שהדי עיקר סברא זו דחיישינן לכיסופא היולדה והמחזיקה הוא מהרלב"ח ז"ל בסמיכת זקנים שלו שכתב על רבני צפת ת"ו שכתבו וחתמו לחדש הסמיכה בזמן הזה וסמכו למהר"י בי רב ושלחו דבריהם להרלב"ח להסכים עמהם והוא ז"ל חלק עליהם וכתב שאפילו שיצתם ירצו לשאת ולתת עמנו בדין וכו' ויסכימו לדעתם הראשונה אין הסכמתם קיימת מטעם רוב וזה שעתה כבר הם נוגעים בדין הזה והם קרובים אצל עצמם דכיסופא להו מילתא למיהדר מאי דהסכימו בראשונה וכו' ע"ש דרע"ח ע"ד:

והנה מלבד דכשכנגדו חולק עליו הוא מהריב"ר דס"ל דאין שום גנאי בזה ולא דמי להאיך דעובדא שהוא נוגע בדבר ממש ועוד שלא היה בזה שום הוראה אלא שחתמו שהם מסכימין לעשות וכו' ע"ש דרע"ט ע"ג עוד והא דלא כתב כן הרלב"ח אלא בנ"ד שכבר כתבו וחתמו רבני צפת ת"ו ולא

עוד

עוד אלא שעשו מעשה רב וסמכו להריב"ר ושוא סמך גם כן לארבע זקנים וכל כי האי שפיר יש מקום לומר דאיכא למיחש דלא הדרי משום כיסופא אבל היכא שלא נכתב ולא נחתם וכ"ש שלא נעשה שום מעשה הא ודאי דאפילו הרלב"ח יודה וכ"ש וק"ו בנ"ד דהדבר תלוי ועומד עד יאספו וישאו ויתנו לגמר דין ואז יאמרו ב' אתה זכאי וא' אתה חייב מי שם פה לאדם לומר דאיכא כיסופא בכה"ג אף אי יהיבנא ליה שיטתיה דגילו דעתם שהדין נוטה לצד שהוכח · וכזאת ראיתי למהרש"פ בתשו' בה"ע סי' י"ב שכתב וז"ל אלא נלע"ד הכתי איכא לפלוגי בין עשו מעשה ורוצים להעמיד סברתם דאיכא כיסופא אבל אם מתחלה הסכימו אדעתא שישאו ויתנו פעם אחרת עם הממונה אשר לא נמצא במעמדם לא שייך כיסופא ודוק · ובשבי אוירי מהרשד"ם הכל לעולם דאין לחלק בין הוראה להסכמה כשעשו מעשה · וכן במדקדק שם בדברי מהרלב"ח דא"ה איכא כיסופא כיון דנעשה מעשה של פיוס וכסיפא להו למיהדר עובדא יע"ש עכ"ל · הרי לך מבואר כל מה שכתבנו דכל שלא נעשה מעשה ליכא משום כיסופא וכן הוא נ"ד וק"ו הוא שהרי בנ"ד דמהרשד"ם דעליו קאי מהרש"פ כבר הסכימו וחתמו ואפ"ה לא נכנס מדברי הרלב"ח יען שאדעת' דהכי הסכימו שישאו ויתנו עם אותו המבורר עמהם כ"ש בנדון זה דלא נכתב ולא נחת' כלל ועיקר אלא שמתוך הדברים נשמע שדעת הדיינים נוטה לזכות את התובע הא פשיטא דאין מי שחולק בזה כלל ולענ"ד יש להביא ראיה לזה מהא דאמרינן בפ"י יוחסין דע"ר דכל זמן שבעלי הדין עומדים לפני הדיין נאמן לומר לזה זיכיתי ולזה חייבתי משנסתלקו מלפניו אינו נאמן ופריך בש"ס וליחזי זכותא מאן נקיט ומשני בקריע ופריך וליהדר ולידייניה ומשני בסורא דדייני יע"ש ופירש"י דחיישי' שמא ישתנה דעת הדין וסוגיא זו פסקוה הפוס' עיין טוח"מ סי' כ"ג וכתב בשה"ג דל"ד סורא דדייני אלא הה"ר כמי שקיבלוהו עליהם לדון אותם כפי אומד דעתו אינו יכול לחזור ולדון אותם פעם שנית שמא יהפך לבו כאומד דעתו והרי כבר זכה הזוכה בדין יע"ש ואם איתא דכל שאמר הדיין מלתא כסיפא ליה למיהדר וסירכיה נקיט והו"ל כמו שאמר וגילה דעתו תחלה מאי פריך בש"ס וליהדר ולידייניה ומשני בסורא והלא אדרבא לאידך גיסא כיון שכבר גילה דעתו דזיכה לזה שוב לא יחזור בו דכסיפא ליה מילתא למיהדר ועוד מאי נ"מ דניהדר ולידייניה דהא דברי הדיין כהוייתן יהיו ולא יחזור מדבריו אלא ודאי דכל שאמר הדיין דברים וליכא שום מעשה כלל לא שייך כיסופא כלל ואדרבא יש לחוש להפך שיחזור ויהפך לבו ממה שאמר תחלה וכמו שפי' בש"ס . ואעפ"י שראיתי למהרלב"ח שם בדש"ט ע"ג שכתב וז"ל וכיון דאשכחן דכולי האי כיסופא איכא למאן דעביד עובדא בטעות אמינא אנא דה"ה דאיכא כיסופא אע"ג דלאו כ"כ לפסק דינא והדר ביה אע"ג דלא עביד עובדא אם לא מטעם דמקיים מתני' דומר' על האמת דמהאי טעמא ל"מ דלית ליה כיסופא ונכאי כתורה אלא אדרבא אית ליה שבחא וכו' עכ"ל הרי מפורש דסבר הרב דאיכא כיסופא למאן דהדר אע"ג דלא עביד עובדא דלא כמ"ש הא לא קברא דגם הרב עצמו לא כ"כ אלא בנפסק דינא ונכתב ונחתם אע"ג דלא עשה מעש' להוציא מזה וליתן לזה אבל בדיבורא בעלמא הא ודאי גם הרב יודה דאלת"ה קשיא עליה מן השו' שכתבנו ולא עוד אלא דנ"ד הוי הכי שכבר כתבו וחתמו רבני לפת תו' :

האמנם שמא דאיכא להכי קשה על מהרשד"ם שהרי בנ"ד כתבו וחתמו בהסכמה ואפ"ה לא נכנס מדברי רבו הרלב"ח ואם נאמר דשאני התם שהסכימו על דעת לישא וליתן פעם אחרת עם הממונה אשר לא נמצא ואפילו למאן דפסק דינא לא דמי ובהכי מתיישבו דברי הרשד"ם ק"ו הדברים בנ"ד שלא הסכימו ולא כתבו ודעתם לישא וליתן עם הדיין לגמ"ד דודאי ליכא שום כיסופא · ואין מקום להביא ראיה ממ"ש מהרי"ט ז"ל בתשו' ח"מ סי' ע"ט בנ"ד בה' דיינים שישבו לדון ונפרדו ב' מהם וכתבו פס"ד ומסרו ביד הבע"ד בלא משא ומתן יחד עם חבריהם וכתב הרב בתשו' שאין במעשיהם כלום אפילו אם היו רבים נגד יחיד כ"ש היכא שירדו למנין ה' ונפרדו ב' מן הג' בלא משא ומתן וכתבו הפסק שאין בדבריהם כלום וכו' ולא עוד אלא אם ירצו הב' השם לשמנות עם הג' לשאת ולתת עמהם משתכרא שאינם נמנים עמהם ואין דעתם מכרעת שנוגעים בדבר הם שבושת היא להם אם יפסק הדין עתה הפך דבריהם שיאמרו שטעו בדין בתחלה ואלו האחרים הנילום מהשגיאה והשיבוש וכו' וזו שית תשו' של מהרלב"ח בענין הסמיכה וכו' ואף מהר"י בי רב לא היה טעמו שם אלא מפני שאותו הענין היה הוראה וכו' ע"ש שהאריך ולכאו' יש מקום לו' דהוא הדין בנ"ד דגילו דעתם הדיינין שהדין עם התובע אם כן אפילו אם יוועדו עוד עם אותו הדיין לא יחזרו מסברתם כי בושה היא להם לחזור וכ"ש וק"ו דהם ד' ואם הדיין הה' הוא יחזיר אותם יותר ויותר אית להו כיסופא לחזור ולהודות לו ואם כן הוו נוגעים בדבר :

אבל באמת בר דייקת שורתא הא ליתא דשאני נ"ד דמהרי"ט דעשו מעשה רב שכתבו פיסקא דדינא ומסרו ביד הבע"ד שהוא זכאי בדינו ואין לך מעשה גדול מזה ובודאי שגמור אם יחזרו מדבריהם אית להו כיסופא אבל בנ"ד אף אי יהיבנא ליה שיטתיה שגילו דעתם לאחרים או להבע"ד עצמו דלפי דעתם יש לו זכות בדינו מ"מ כ"ז שלא כתבו וחתמו פסק דין לא סמכא דעתיה דהבע"ד וכ"ע ידעי דדיני ממונות בהררים התלוים בשערה וכל עוד שלא גמרו המלמד זכות חוזר ומלמד חובה ואין בדבר שום בושה וכלימה כלל ועיקר ולא מצינו בשום פוסק שפסל לדיין מחמת שגילה דעתו קודם גמ"ד שפ' זכאי בדינו אף דלכאורה קא עביד איסורא כזה שעובר בהולך רכיל ואי לדידי דעתי נוטה לומר דכל מה שאסרו במשנה שלא יאמר אני מזכה וחבירו מחייבים אלא אחר גמר הדין וכזה דייקא מתני' דקתני מנין לכשיצא מב"ד שלא יאמר אני מזכה וחבירו מחייבים וכו' דוק בלישנא דמתני' דוקא לכשיצא מב"ד שכבר נשאו ונתנו לגמר דין ועמד שמוכח במקומו

במקומו ורבו עליו חביריו הוא דאסור לומר כן דהוי הולך רכיל אבל קודם שישאו ויתנו לגמר דין אף אם יאמר דעתי לזכות ודעת חבירי לחייב לית לן בה שהרי הדבר ידוע דכל זמן שלא נגמר הדין אפשר שיהפך לב הדיין מזכות לחובה ואפשר שהדיין עצמו שאמר אני מזכה חזר בו ונהפך לחייב אבל אחר שנגמר הדין וכבר נשאו ונתנו ביניהם והמזכה עמד במקומו ורבו עליו בשילא ויאמר אני הייתי מזכה והבו עלי חבירי הא ודאי דהוי הולך רכיל כנ"ל ולא עוד אלא דדברי מהרי"ט בתשו' זו נראה לכאורה שאינם מוסכמים שהרואה יראה בתשו' מרן בס' אבקת רוכל סי' י"ט וסי' ך' שהרבה להשיב אפו על בר פלוגתיה הרב המבי"ט ז"ל שכתב פסקא דדינא ומסר לבע"ד וכתב לו מרן ז"ל מאחר שהובררנו שלשתינו לדיינים מי התיר לשום אחד לומר לבע"ד אני מזכה אותך וכ"ש לתת לו פסק דין היה לך לשוער עמנו יחד ולשאת ולתת יחד בדין ומה שיעלה על פי הרוב יאמר בשם כולם מדבריהם נזדכם פ' כנראה שכתבה משנת לא יאמר אחד מהם אני המזכה וכו' יע"ש ולא עלה על דעת מרן לומר להמבי"ט שסבר נפסל מאותו הדין מאחר שכתב פסק וגם המבי"ט עצמו לא הגיל עצמו אלא דהוי כאומר איני יודע ולפי דברי מהרי"ט הנז' הרי נפסל הדיין אלא ודאי נראה שרב מרן ז"ל והמבי"ט עם מהרי"ט ז"ל:

האמנם כד דייקינן פורתא כ"ד דמרן ומבי"ט לא דמי כלל להאי דמהרי"ט דשם בכ"ד דמרן המבי"ט ז"ל גילה דעתו לזכות לבע"ד ורבו עליו חביריו לחייבו ואם יוועד שוב עמהם ויחתום בפסק דינם שגם רוב אין מקום לפוסלו שהרי כתב וחתם הפך דבריו משא"כ בנדון מהרלנ"ח שדייני צפת הם רבים וכבר כתבו וחתמו להתיר הסמיכה בזמ"ז הנה כי יוועדו עם הנ' וימשך א' מהנ' עמהם ויהיו רוב לא מיקרי רוב שאין דעתם מכרעת דמיקרו נוגעים מחמת בושה ואה"נ שגם בכ"ד דמרן אם שיש המבי"ט יושב ודן עמהם ויתחבר לסברתו עוד אחד מהדיינים לא מיקרי רמ"ך ופסול בדין מחמת שכבר כתב פסק דין ומסר לבע"ד ומעתה ליכא שום פלוגתא אדברי מהרי"ט הנז' ואף שדברים אלו פשוטים ואינם צריכים לראיה מ"מ גדולה מזאת מצאתי למהרש"פ בתשו' סי' י"ב הנז"ל דסבר דאם הב' מן הג' הסכימו וחתמו בלא דעת הג' אם בא אח"ך ונשאו ונתנו יחד והסכים עמהם לא נפסלו מן הדין דמוכחא מילתא דלאו משום נגיעה הסכימו כן אבל כשחלק עליהם ורבו עליו לא מיקרו רוב דאפשר שחזרו בהם בדעתם ומשום כיסופא עמדו מנגד לקיים סברתם והרמ"ך ז"ל בקו' הל' נדרים דע"ה ע"ב קילסיה יע"ש הרי דלא פסיל מכל וכל לדיין ההוא אלא כשקיימו סברתם נגד החולקים עליהם אז אמרינן דלא יעלו למנין להחשב רמ"ך אבל אם המיעוט מסכימים עמהם כשרים לדין וכ"ש וק"ו אם יהיו רבים לנגדם ויחתמו עמהם מי שם פה לקרותם פסולים לדין:

וממה שכתבתי אתה תחזה שמ"ש הרב איש ירושלם כמהר"ש סוזין ז"ל בהסכמתו לפסק הרב הראשון לציון בס' הבהיר חוקי חיים סי'

כ"ט דמהרי"ט פליג עם מרן והמבי"ט וסוף יושב דיש לחלק בין אחד שכתב פסק דין דאין דבריו של אחד במקום שנים ובין שנים שכתבו פסק דין יע"ש אחרי אלף מחילות מכבוד רבנותו לית כאן שום נגיעה בדבר וכשר הוא לדין וגם במה שחילק בין אחד לשנים בלע"ד דאפילו אחד שכתב פסק דין ואח"כ נשא ונתן עם חבירו אפילו אם יצטרף אחד מהם עמו לא חשיבי רוב כיון שהדיין שכתב פסק מיקרי נוגע אין כאן רוב נגד היחיד ואם הב' כתבו פסק דין וחזרו לדון כס' היחיד פשיטא דכשרים ואם היחיד הסכים עמהם דעת מהרש"פ בס' הרשד"ם דכשרים אך דעת המשפטי שמואל סי' ל"ב שגם בזה פסולים וכמ"ש הרמ"ך שם ונראה שטעמו טעם בעיקר דכיון דחיישינן לכיסופא אמרינן דשמא נהפך לבם מזכות לחובה ואעפ"י כן מעמידים דבריהם משום כיסופא דידהו ולהרשד"ם ז"ל דלא אמרינן הכי אלא כשהיחיד פליג וכ"ט לסברתו אז אמרינן דשפיר ניחא להו בטעמיה ולא הדרי בהו משום כיסופא אבל אם הסכים לדבריהם מאי איכפת שחזרו ומעמידים דבריהם הראשונים ואיך שיהיה כתב הרמ"ך שם דהמשפטי שמואל הוא יחיד נגד מהרשד"ם ומהרי"ט והרמ"פ והכה"ג לא חשיב ספק והכ"ע יע"ש מיהו מתשו' הרשד"ם י"ד סי' פ"ב בדין ההסכמות נראה שכל שהסכימו מקודם הרוב יכולים המיעוט למחות ואפילו שירצו עתה הרוב לומר נחזור ונעמדה יחד ונשא ונתן ונדעה בינינו מה טוב יכולים המיעוט לסרב ולמאן בדבר מאחר שכבר הסכימו בלתי ודעתם דמשום כיסופא לא הדרי יע"ש ומזה חזר בו מהרש"פ במה שחילק בין עשו מעשה אם לאו דמתשו' זו נראה דאע"ג דלא עבדי שום עובדא אלא שהסכימה דעתם תו לא הדרי בהו והגם דלע"ד שמעט הוא דלא מכרעא הכיא דסי' פ"ב שלא ירד הרב שם להאריך כי אם לגלות דמוי הדברים באלו הדינים יען שלא הוצרכו לכ"ד כמ"ש הוא ז"ל מ"מ הגם שנאמר שנראה כן מהך דסי' פ"ב כמ"ש מהרש"פ אכתי לא דמי בישבו הרוב לבדם והסכימו לדעת אחד לעשות דבר מה לגלו את דעתם שנוטה לזכות לאחד מהבע"ד דשאני ישבו והסכימו דאיכא כיסופא בחזרתם מה שא"כ בגילו דעתם לכ"ע ליכא כיסופא כלל כנלע"ד נכון:

ומעתה שוב אבוא על מ"ש בשאלה ששמענו שהדיין ההוא נאחז בסבך לומר דבכה"ג שישבו ה' דיינים לדון דין זה לא סגי ברמ"ך כי אם עד שיסכימו כלם לדין וא"כ לא נפקא מינה ולא מידי אף אם יוועד עמהם דבעינן הסכמת כולם וליכא ע"כ שנה עד"ו הרואה יראה למרן ז"ל בש"ע סי' י"ג סעיף ז' וז"ל אם בררו להם יו"ד אנשים שידונו להם בין בדין בין בפשרה ושאם לא יסכימו על דעת אחד ילכו אחר הרוב וכו' ודין זה הוא מתשו' הרשב"א הובאה בב"י ע"ש וכתב הסמ"ע סק"ד ושאם לא יסכימו לדעת אחד ילכו אחר הרוב דוקא כשכתבו כן מתחילה הולכין אחר הרוב הא מסתמא אין הולכין אחר הרוב בפשרה וכן כתב המחבר סי' י"ב סעיף ח' משא"כ בדין הולכין אחר הרוב עכ"ל ודעת שפתיו ברור מללו דבדין אפילו אם יבררו יו"ד אנשים אזלינן בתר רובא ולא בעינן

הסכמת

הסכמת כולם וכן כתב בפשיטות הרב ראש יוסף בסי' י"ג אות כ"ה גם מהריק"ש בהגהותיו הזיל בשיטה זו ועדיפא מינה כתב וז"ל נראה שאם לא נסתלק אלא שאומר דעתו כאו"א נגד שאר הפשרנים יכולים לילך אחר הרוב וכו' וגם אם לא התנו בפי' כיון שאמרו בין בדין בין בפשרה פשרה דומיא דדין קבלו עליהם דהיינו שילכו גם בפשרה אחר הרוב זה נ"ל ע"כ וא"כ לדידיה לא מבעייא בדין דפשיטא דהולכים אחר הרוב אפילו שהם רבים אלא אפילו בפשרה אם כללום עם הדין אזלינן בה בתר רובא ופשוט : גם הב"ח סוס"י י"ח כתב עמ"ש הרשב"א בתשו' דאין הולכין אחר הרוב אם לא פירשו דאין רוב אלא בב"ד כתב וז"ל כלומר היכא שישבו לדון בתורת ב"ד לדין גמור עכ"ל מבואר לדין גמור אזלינן בתר רובא אפילו בבירורים רבים · גם מהרח"ש ח"ב סי' ז' ד"ה ע"ד כתב וז"ל ולא מצינו אחרי רבים אלא בב"ד הדנים בפי דין תורה אבל כשנתחייב לעמוד בפני ד' וה' שלא עפ"י דין תורה אלא מה שיגזרו ביניהם בזה אין הולכין אחר הרוב וכן כתב הרשב"א בתשו' בב"י סי' י"ג וז"ל דעו כל מה שקבלו עליהם הקהל דעות ה' אנשים או יותר אין הולכין אחר הרוב שאין רוב אלא בב"ד ואם לא ישוו כולם לדעת אחד הרי הנתבע פטור ע"כ הרי דעת מהרח"ש כדעת הב"ח כמה שפירש דברי הרשב"א במ"ש שאין רוב אלא בב"ד ודלא כפירוש הסמ"ע סי' י"ח סקיו"ד ע"ש וכן כתב מהרימ"ט ח"מ סי' ע"ט ע"ש · גם הרב גבעות עולם בתשו' סי' א' ד"ג ע"א כתב בפשיטות דבשקבלו עליהם לדין גמור אזלינן אחר הרוב ונסתייע מדברי הב"ח הנז' ע"ש. גם מהר"ש זכות בתשו' סוס"י ל"א כתב וז"ל ואין לו' שבב"ד שהם ד' נחתי לדעות וכדאמרינן בסוף ע"ז וכו' זאת ועוד מעשים בכל יום בישיבתנו ובכל הישיבות פעם בג' פעם בד' פעם בה' לא עלה על דעת שום אחד מבע"ד לדעות כ"א אחרי רבים להטות וכו' דהא דאמרינן בשוכר לא מיירי בדיינות פסק דין וכו' שבזה תמיד הולכים אחר הרוב וכו' ע"ש · גם מתשו' הכנה"ג בח"מ סי' י"ח יש להביא קצת ראיה שכתב שם וז"ל אף לדעת הרב בכנה"ג שכתב בסי' הנז' דלדעת הרמב"ם אין חילוק בין הוברר מתחלה שלשה להוברר יותר מג' ה"ד כשישבו כולם בדין ואחד אומר איני יודע דכיון שהיה שם ולא ידע לומר טעם בכה"ג אזלינן בתר הרוב דכיון שהם יותר מג' המזכין או המחייבין ומסכימים לדעת אחד אזלינן בתרייהו וכו' עכ"ל וא"כ כ"ש היכא דפלוג עלייהו דעדיף מאומר איני יודע דאזלינן בתר רובא · אך נראה דלא מכרעא דאפשר דדברי הרב קאי בכגון ב"ד דהרשב"א שפי' אם לא יסכימו ילכו אחר הרוב ועל זה מחלק בין איני יודע לנסתלק אבל אם לא התנו בפירוש שילכו אחר הרוב לא משמע מידי מדבריו אבל ממה שכתב בהגהב"י אות ד' משמע כן להדיא יע"ש · אך מדברי הרבנים הנז' משמע כן להדיא וכן כתב בפי' הרב אורים ותומים יע"ש וגדולים מזאת עיין רואה בתשו' מהריב"ל ח"ב סי' כ"ט שכתב וז"ל היכא דפשרה אם בררו שלשה פשרנים ביניהם על הפשט צריך שיסכימו כולם לדעת אחד אבל בשזה בורר לו פשרן אחד וזה בורר פשרן אחד ואם לא יסכימו לדעת אחד יבררו להם מכריע מסתברא דאזלינן בתר רובא אם לא יסכימו לדעת א' עכ"ל וכן כתב בתשו' בית שלמה ח"מ סי' כ"א ע"ש הרי אם שם הדבר ע"י זבל"א וזבל"א ואפילו בפשרה והם יבררו ג' אזלינן בתר רובא וכ"ש דבוודאי בדין דאזלינן בתר רובא ופשוט :

ובחפשי ראיתי להרב המאירי בשי' סנהדרין ד"ד שכתב וז"ל וי"א שאם ישבו תחלה על דעת ה' אפילו רוב מזכין או מחייבין כל שאמרו שאחרים איני יודע יוסיפו אעפ"י שנשארו ג' הואיל וישבו ע"ד ה' וי"א כן אפילו כאחד שאמר איני יודע וכן כתבו חכמי הדורות שלפנינו ולא יראה לי כן וכו' עכ"ל ואם איתא דס"ל דבה' בעינן שיסכימו כולם לדעת אחד מאי איריא דנקיט בב' אומרים איני יודע או כאחד הרי אף דפליגי לא ב"מ דבעינן הסכמת כולם אלא ודאי דאפילו ישבו ה' מתחלה בדין אזלינן בתר רובא ולא דמי לפשרה וברור · גם מדברי הרמב"ן בפירוש התורה פ' דברים שכתב וז"ל ושמא נלמוד מכאן שיכול אדם לומר שני דיינים אני בורר לי ותברור אתה שנים אחרים ושם יבררו עוד אחר ויהא הדין נגמר בחמשה או ביותר כמו שאמר איכו דומה דין שנגמר בג' לדין שנגמר בע"ג ואעפ"י שג' כופין לדון בפניהם כשאינו רוצה לקבל עליו לדון הכל רוצים לברור יותר בורר דהו"ל כאומר נלך לבית הוועד ששומעין לו במקום שאין שם טורח שבכך נלטוינו צדק צדק תרדוף הלך אחר ב"ד יפה ודוכוי חכמים ב"ד יפה הוא עכ"ל ואם איתא דיש הפרש בין ב"ד של ג' לב"ד של ה' דבשלשה אזלינן בתר רובא ובחמשה עד שיסכימו כלם הרי התובע מצי לעכב על הנתבע אלא ודאי שדעת הרמב"ן דאין הפרש בין ב"ד של ג' לב"ד של ה' דבתרוייהו אזלינן בתר רובא או דהכא כמ"ש מהריב"ל דהיכא דבהו ע"א בירום אפילו בפשרה אזלינן בתר רובא וק"ל · ועיין בתשו' מהרי"ט ח"מ סי' ע"ט שכתב כן בפשיטות וכן כתב בתשו' מרן סי' י"ט ע"ש :

ומעתה סרה תמיהת הרב תורת חסד ז"ל בתשו' סי' קכ"א והרב חשק שלמה שנמשך אחריו שכתבו שגם בדין אם נתנו בעה"ד להרבות דיינים צריך שיסכימו כולם לדעת אחד וראייתו מתשו' הרשב"א שהביא ב"י ופסקה מרן בש"ע סי' י"ג עש"ב והנני תמה עליו דמאי ראיה איכא מתשו' הרשב"א דהתם מיירי התם בהתנו לילך אחר הרוב ואפ"ה בנסתלק אחד או שאמר איני יודע אין הולכין אחר הרוב ולא בדין כלא התנו וא"כ כלא תנאי בפשרה צריך שיסכימו כלם כמ"ש הב"י והמרדכי אבל בדין אזלינן בתר רוב והדרכה בדיוק כתב מרן סי' י"ג אם רבים הפשרנים וכו' דמוכח דדוקא בפשרה דינא הכי אבל אם ישבו לדין אזלינן בתר רובא וכמו שכן דעת כל הפוסקים שהזכרתי לעיל שהם למעלה מעשרה ומי יעבור כח לחלוק עליהם ואם באת לומר דיש כח ביד הנתבע לומר קי"ל כהרב תורת חסד והחשק שלמה דהוו תרי ויכול המוחזק לומר קי"ל כוותייהו נגד כל הני רבוותא אמינא לך דהא בורכא היא דמלבד דיש לומר דאף הת"ח וחש"ש לא אמרום אלא אם בררו תחילה הדעת דה' בלא ברירה דאפשר לו' דנחתי

לדעות

לדעות ובעינן שיסכימו כולם אבל אם חילם זה בורר שנים וזה בורר ב' והם ובררו ג' להכריע ביניהם הא ודאי אפי' הח"ח והח"ש מודים דאמרינן ניזיל בתר רובא דהא קחזינן דאפילו בפשרה אם בא הדבר דרך ברירה שזבל"א וזבל"א והם יקחו שלשה הולכין אחר הרוב וא"כ די לנו שנאמר דדברי הח"ח והח"ש איירי בלא ברירה דכלל גדול בידינו אפושי פלוגתא לא מפשינן ועיין בתשו' דברי נועם ח"מ סי' ט"ו ופני מבין דכ"ד ע"כ יעו"ש :

ואת"ל דאף בכה"ג בהכי ס"ל לדידי הדבר ברור דאין המוחזק יכול לומר קי"ל כותייהו דפשיטא דאילו הח"ח והח"ש קא חזו דעת כל הני רבוותא דלא סברי הכי הוו הדרי בהו ואין מעמידים דבריהם נגד כל הני גברי רברבי וכ"ש וק"ו דאנן לדידן קא חזינן לגדולי ורבני אר"ץ בס' מחנה יהודה בקו' השני רי"ד ע"א שכתבו בפי' וז"ל ובדיינים הדבר פשוט דאזלינן בתר רובא ולא בעינן דעת כולם וכך הוא מנהג פשוט בינותינו שבעניין ההסכמות הולכים אחר הרוב וא"כ הא לא הכרא מה שאינו מסכים עמנו עכ"ל ואף מוה"ר מהרש"ל דפליג עלייהו הרי כתב שם דבנ"ד לא הובררו רבני מתא בתורת ב"ד אלא בתורת ברורים וכו' ולעולם גם יותר מג' וא"כ ודאי דבעינן דעת כולם עכ"ד הרי דשפיר מודה דאילו הובררו בתורת ב"ד אזלינן בתר רובא ולא בעינן שיסכימו כולם לדעת אחד הרי שו"ד רבנים מרבני אר"ץ וגם מהרש"ל בזה מסכים עמהם דבדיינים הולכים אחר הרוב אפילו מיותר מג' מעתה ס' הח"ח והח"ש נידחה קמא לא נגד כל הני רבוותא ואין המוחזק יכול לומר קי"ל ועיין בתשו' החק"ל ח"מ סי' ל"ח ד"ן ע"א מ"ש בענין הקי"ל ודוק וכ"ש כמ"ש שאפשר שע"י ברירה גם הח"ח והח"ש יודו והדברים ברורים ומאירין בשמלה וק"ל כנלע"ד נכון להלכה ולמעשה נאם

הצעיר

חיים מרדכי

לבטון

ס"ט

סי' ל"ד

מעשה שהיה בלוי תושב עט"י שבא לקנות סחורה באשראי מאת ראובן סוחר פלו"י ויען שלוי הוא עדין רך בשנים ואין לו קרן אעפ"כ לא שת ליבו ראובן והלך ונשתתף עם בן שמעון שהוא ג"כ מתושבי עט"י שהוא נאמן לראובן וקנו ממנו סחורה ביחד וכתב ראובן שט"ח על שמעון דוקא גם את"ך היו שולחים שמעון ולוי לבקש סחורות מראובן והיה ראובן שולח הסחורה בשם ש' דוקא ואחר זמן מה עמד שמעון והפריש ללוי מהשותפות וקבל עליו לפרוע לכל הבע"ח אשר עליהם ושוב קנה לוי משמעון קצת סחורות לזמן מה כדי להסתחר בהם ויען שלא האמינו שמעון העמיד לו ערב ובתוך הזמן בא לוי פלו"י והביא בידו פוליס"א על סוחר אחד בסך מה וכאשר שמע ראובן דבר זה עמד ועיכב המעות על ידי רב של העיר עד אשר יעמדו לדין ובא טען על לוי כי הוא משועבד מדין שותפים שלו ועדין יש לו עמהם סך רב ולוי משיב כי כבר נפרד משמעון ושמעון לקח כל הסחורות הנמצאים לאמצע השותפות ע"מ לפרוע לראובן ולשאר הסוחרים אשר עליהם ושמעון משיב כי שניהם יחד קניתם הסחורות ומי פטרך משעבודך ממני ולוי משיב כי מעיקרא לא האמנתני וכתבת שטר חוב בשם שמעון ועוד שאחר כך היית שולח הסחורות בשם שמעון ולזה כי הפרדנו השותפות אשר בינינו את הכל לקח ואח"ך מכר לי הסחורות וכתב עלי שטר חוב בשמו ולא האמין אותי עד שהעמדתי לו ערב והוא ערל אחד וכל זה נודע ע"י עדים וראובן משיב שאני מסרתי הסחורה ליד שניהם ומתי שארלם אפרע וכ"ש שהסך אשר עיכבתי עליו אינו מגיע אפילו לחצי שיעור והוא פחות משיעור בדי חלקך בשותפות ונתעצמו בדין ודינו רבינו הדין עם מי ושכמ"ה :

תשובה עם כי רבות אנחותי ולבי דוי ואין ידיעתי מכרעת להטפל בשום ענין עכ"ז להיות כי ראיתי שיש מי שנטה דעתו שראובן זכאי בדינו וכשאני לעצמי לא כן אנכי עמדי הנה כי כן כתבתי שורותים בקיצור כמרן מה שנ"ל להלכה . והנה הדבר ברור שותפים שקנה אחד מהם ונכנס הממון ההוא בשותפות שגם השני חייב וכמו שמבואר בח"מ סי' ע"ז וכ"ש אם קנו שניהם ביחד ונמסר הממון ליד שניהם דפשיטא דשניהם חייבים וגם הם אחראין וערבאין זה לזה גם בסי' קע"ו מבואר דשותפים שיש עליהם חוב לאחרים אין להם להפריד השותפות עד שיפרעו מה שחייבים לאחרים :

האמנם עכ"ז בנ"ד יפה טען לוי על ראובן כיון דמעיקרא לא האמינו ולא כללו בשט"ח שכתב על שמעון וכ"ש שגם הסחורות אשר היה שולח להם הגם שידע שהם שותפים עכ"ז היה שולחם בשם שמעון דוקא הנה כי כן אין לראובן עליו של לוי שום דין ודברים . אמת שראיתי להב"ח בסי' ע"ז ע"ב על פלוגתא דהרמב"ן והרא"ש בשותפים שלוה אחד מהם וכו' שכתב וז"ל נראה דדעת הרמב"ן דכיון שהוא מודה שהשלוה היתה לצורך השותפות מיד נתחייב גם השותף לשלם החוב דהשותפין כשלוחין הן זה לזה ולפיכך אפילו חזר אותו שלוה ולקח מן השותפות כפי מה שלוה והוציאו לצורכו בלבד ולא נשאר בשותפות שום ממון מהשותפות כבר נכנס השני בשעבוד החוב מתחילת ההלואה וחייב לשלם אבל להרא"ש וכו' ע"ש והנה הרב כתב כן אפילו בלוה אחד מהם וכ"ש בנ"ד שניהם לוו כא' דפשי' דאם חזר אחד ולקח מהשותפות כדי ההלואה אין השני נפטר משעבודו : וכן ראיתי מפורש להרב מהר"י ליהמא ז"ל בתשו' פב"י סי' ח"י דמ"א סע"ב שכתב וז"ל וא"כ זכינו לדין בנ"ד דכ"ע יודו דחייב כיון שנשתעבד ואם לקח לצורכו חייב חבירו וכו' דהא אם כתב הב"ש וכו' דלהרא"ש ז"ל פטור משום דלא נשתעבד אמנם בנ"ד ואמר הרב ב"ח בפה מלא דכיון דבשעת הקבלה שניהם קבלו ונשתעבדו אם לקח אחד מהם ולא הגיע הפרעון ליד מלוה שחבירו

שחבירו

שחבירו חייב לשלם אליבא דכ"ע ולית דין צריך בושש עכ"ל והרי הוא כ"ד ממש וכ"ש וק"ו דאנן לדידן קי"ל כהרמב"ן וכמו שפסק מרן ז"ל והרב ז"ל אצטריך לוה לאתויי כ"ד אליבא דכ"ע כמבואר :

אכן עכ"ז לדידי בנ"ד מגן שווא דברירא לי דכל מ"ש הכ"ח והפכ"י היינו בקנה אחד מהם ולא גילה המוכר דעתו דהימניה לחד טפי מחבירו ומש"ה קיי"ל שעבוד שניהם בשוה ואם לקח הקונה כפי מה שלוה והוציאו לצורכו חייב השני דלא פקע שעבודו במה שלקח השני אבל היכא דלא האמין הא' וכתב השט"ח בשם הקונה דוקא פשיטא דשני פטור וכ"ש שלא לקח בפתח והוציאו לצורכו אלא לקח כדי לפרוע להב"ח שלוה ממנו דשא הימניה פשיטא דהשני פטור דהא לגבי הב' הו"ל מע"פ ולית ליה מגו דפרעתיך וכן ראיתי למהריק"ש בהגהותיו על ס"ב שכתב אמנם אם טען השותף בריא ששותפו לוה לצורך השותפות וחזר ונפרע מבית השותפות לתת לבע"ח. נשבע השותף ונפטר אפילו היתה מלוה בשטר דזיל בתר טעמא דלא מהימן לומר פרעתי משום דה"ל שטרך בידי מאי בעי והכא ל"מ למימר הכי כיון שהוא לא כתבו על עצמו ולגבי דידיה מע"פ היא ובע"ח האמין את שותפו טפי מיניה ולפיכך החזירו לידו. עכ"ל והיא היא כ"ד ממש שראובן לא האמין את לוי וכתב השט"ח על שם שמעון דוקא הו"ל לגבי לוי מע"פ ויכול לטעון פרעתי וא"כ נאמן הוא לומר דנתתי לשמעון שהוא נאמן עליך ופטרתי את עצמי ובכה"ג גם הכ"ח והפכ"י יודה דאין לומר דפליגי. גם בזה אמהריק"ש וסברי דאף בכה"ג חייב השני דהא כלל גדול בידינו אפושי פלוגתא לא מפשינן וכ"ש להוציא מיד המוחזק שהוא לוי שאין להוציא אלא בדבר ברור וכ"ש כאן דלא צריכנן לטעם מגו שהרי יש עדים שפרע לש' ומדברי מהריק"ש נראה דאפילו דליכא סהדי שנפרע השותף אפ"ה נאמן השותף בשבועה שפרע לשותפו מיגו שהיה יכול לומר פרעתי לך כיון דלגבי דידיה הוי מלוה ע"פ. הגם כי לענ"ד הדבר קשה דלימא מגו בכה"ג משום דהוי מיגו דהעזה ודעת רבים מהאחרונים ועיין סמ"ע וש"ך סי' פ"ב ובכללי מיגו ע"ש מ"מ בנ"ד דאיכא עדים שפרע לשמעון שפיר דמי דבע"ח האמין את שותפו טפי מיניה ולפיכך נתן המעות והוא נפטר בכך :

וגדולה מזאת ראיתי וראה בתשו' מיימוניות דס' משפטים סי' נ"ו כמו שהלוה לחבירו ע"י ערב ופרען הלוה לערב שנפטר מן המלוה דהא המלוה הימניה לערב טפי מיניה וכתבה מרן בב"י סי' קכ"ט מחודש א' יע"ש וכתב מהריק"ש שם ונ"ל שאין בכל זה חולק ע"כ. גם מור"ם ז"ל בסי' קכ"ט סי"ב פסקה להתשו' מיימוניות הנז' ע"ש והדברים ק"ו דהשתא ומה דיכול המלוה לומר ללוה אני הלויתיך מעותי כדי שאפרע ממך ואין הערב בעל דברים דידי אלא עד שלא אמצא לגבות ממך ואז אתבענו ואפילו הכי דעת מהר"ם ורמ"א דאם נתן לערב פטור. כ"ש וק"ו בנ"ד דללוי לא הלוה ראובן כלל להלוות לו עד שכתב שטר חוב גמור על שמעון א"כ איהו גופיה דוקא בע"ד דידיה ולא לוי כי לא נכנס תחת שעבודו של ראובן כלל ואם כן פשיטא שאם פרע לוי לשמעון כאשר עשה באמת אין לראובן עליו כלום. והגם שהרב הלבוש ז"ל חלק עליו מור"ם בדין זה מ"מ הרואה יראה דהרב הסמ"ע ז"ל דחה דבריו וכתב דאילו ידע הרב הלבוש ז"ל שורש הדברים שהם ממהר"ם ז"ל לא הוה פליג עליה עיין שם. והגם שהרב ש"ך ז"ל הסכים לדברי הסע"ש ז"ל וכתב שהרב מהרש"ל בהגוזל קמא חלק על מהר"ם וכתב הרב ש"ך ז"ל שכן עיקר יעויין שם. מ"מ הדבר ברור שלא חלקו אלא בפורע לערב וכמו שכתב הסע"ש ז"ל דיאמר המלוה ללוה אני הלויתיך שאפרע ממך ואין הערב בעל דברים דידי יעוין שם והא פשיטא דבנדון דידן לית כאן האי טענה שאעיקרא לא הלוהו ושמעון איהו גופיה הבעל דברים דידיה וכודאי דפרעון לידו הוי פרעון גמור ואדרבא מדבריהם יש להוכיח דבכי האי גוונא דנדון דידן הוי פרעון ולית ליה למלוה עליה דין ודברים והדברים ברורים ודוק :

וראיתי להרב גבעות עולם ז"ל בתשובה סי' כ"ב במוכר סחורה לשמעון ולוי שהם שותפים עם ראובן ושוב ראובן ושמעון הוציאו ללוי מהשותפות ואחר כך נפטר שמעון ובא לוי והכריח לראובן שיתן לו דמי השטר חוב שמחוייב בו ליהודה המוכר ללוי ושמעון ולקח לוי דמי השטר חוב מראובן ועתה בא יהודה ותבע מראובן וטוען ראובן שהוא נתנו ללוי והאריך הרב ז"ל בתשובתו ועיין שם ולבסוף הביא תשובת מהר"ם ומור"ם שפסקם וכתב ואע"ג דהרב בע"ש חלק על זה ע"ש אין אמת שדברי סע"ש ז"ל שם דברי טעם וסברא נכונה אבל ודאי דלא דחי דברי רמ"א ז"ל בשביל תלמידו ועוד וכו' והביא דברי הסמ"ע ז"ל יע"ש :

ואני אומר כי נרחק הוא שלא לצורך דבנ"ד שעיקר השטר חוב היה על שם שמעון ולוי דוקא וראובן הגם דנכרא מהימנא הוא מ"מ אין מקום ליהודה לומר לראובן דלוי לאו בעל דברים דידיה הוא אלא עיקר ההלואה לראובן דלואה דאדרבא לוי הוא העיקר ואם כן בנ"ד גם הע"ש יודה ואף שיהיה הגם דנימא דבנדון דידיה דהרב גבעות עולם ז"ל ראובן הוא עיקר דנכרא מהימנא הוא והרי הוא טוען שסמך עליו ולפיכך הלוה לשמעון ולוי ויש מקום לומר דפליג הרב ע"ש ודעימיה ז"ל בנדון זה מכל מקום בנדון דידן דאדרבא לוי לא נכנס בסוג אמנה כלל שאפילו בכללות השטר חוב לא כללו אלא השטר חוב על שם שמעון דוקא הא פשיטא דליכא מאן דפליג אדינו של מהר"ם ומור"ם ז"ל :

מעתה הדין דין אמת שאין לראובן על לוי שום טענה ותביעה כלל וכן ראוי לדון ולהורות. הנלע"ד כתבתי : הצעיר

חיים מרדכי

לבטון

ס"ט

סי' ל"ה

נשאלתי על ראובן שיש לו חצר ובתים בעיר בגדאד ומשכירם לאחרים והוא דר בעיר דמשק. ושמעון אחיו דר בבגדאד וכן היושב כתב שמעון לראובן אחיו אם יש את רצונו למכור החצר והבתים אשר לו כי הנה לוי רוצה לקנות ואם הוא רוצה למכור ישלח לו הרשאה לשמעון שימכרנו לו ובהגיע כתב לראובן עמד וכתב לו הרשאה כתוב' וחתום בכל חוק סופר שיהא פיו כפיו וכו' וכל מה שיעשה הוא כתוב ומקובל מבלי שיאמר לו לתקוני שדרתיך ולא לעוותי ולקח שטר הרשאה והניחו אצלו מקצת ימים ואומר כי חשש פן אחיו יזלזל במכירת החצר והבתים עד אשר יעשהו מודיעו שיכתוב לאחיו כתב ויודיעו באיזה סך רוצה למכור ומסתמא אחיו לא ישנה את דבורו והנה עמד ר' וכתב לאחיו כתב שזמנו אחר ההרשאה כמה ימים וזה נוסחו דע אחי כי אם ירצה הקונה הנז' לקנות החצר והבתים הנז' בסך עשרים אלף גרוש ועוד ח"ק גרוש' מפתחיה כנהוג הנה מה טוב ואני אשלח לו שטר המכירה לו לשמו וגם אודיעך על שטרות קושנים היכן מונחים שתתנם לו וקנה בזה הסך תכריז עליו בכה"כ שאפשר שימצאו קונים. גם אודיעך שאם ידעת שתקח המעות דמי החצר הנז' ותשלחם בשיירא זו הנוסעת מהשם. להבא הנה מה טוב ואם לאו לא תמכרנו עכ"ד הכתב ושלח כתב הנז' ובתוכו הרשאה הנז' לאחיו שמעון הנז' והנה שמעון עמד ומכר החצר והבתים הנז' ללוי הנז' בפחות סך מרובה ממה שהזהירו ראובן בכתבו וטוען שמעון שכשנתן הרשאתו הרשהו הרשאה גמו' בין לתקן בין לעוות ושם פיו כפיו וכך נראה לו שמכירה זאת היא לטובת ראובן אחיו. וראובן אומר אעפ"י שכתב ההרשאה בסתם מ"מ מפורש יוצא מפי הכתב שהזהירו שלא ימכור פחות מהסך הנז' שאמר לו וגם שלא יקח שטרות אלא מעות מזומנים שיהיו מזומנים לשולחם בשיירא הראשונה והוא שינה בכל מה שאמר לו והזהיר עליו אשר ע"כ רוצה לבטל המכר שמכר אחיו בכח הרשאתו. וזהו העתק דברי השאלה שבאה מעיר דמשק ששדרה ראובן המרשה הנז' יורנו המורה ושכמ"ה:

תשובה ראוי היה שלא להשיב בכיוצא בזה יען שלא נשאלתי אלא מצד האחד דהיינו ראובן ובפרט שכבר שמעתי מאחורי הפרגוד שאחד מהמורים בעיר בגדאד זיכה ללוי בקנייתו אך אמנם לספרת הבוהל אמרתי אגלה דעתי לענין הלכה ואומר כי לכאורה נראה מתשו' מהרשד"ם בח"מ סי' קט"ו כדעת אותו המורה שזכה ללוי והוא ממה שנשאל הרב בראובן שהרשה את יהודה שילך וימלא במכירת הבגדים שלו שיהיו אצל שמעון בחברת ובידיעת לוי וכו' ושם את ידו יהודה כידו וכו' מבלי שיוכל לומר לו לתקוני שדרתיך ולא לעוותי וכו' והלך יהודה ומכר הבגדים הנז' מבלתי חברת וידיעת לוי ואשר ע"כ רצה ראובן לחזור בו. והשיב הרב שאין דין לראובן לא עם שמעון ולא עם יהודה שכיון שאח"כ אמר ששם פיו כפיו וכו' לומר שאעפ"י שאמרתי כן אין כונתי שיהיה תנאי גמור שלא ימכור אלא מדעת לוי אלא הרי אתה במקומו וכמו שאני הייתי יכול לשנות דעתי שנ"ל עתה שהטוב שיהיה מכירת הבגדים בעצת לוי ואם אח"כ היה נ"ל שאינו צריך הייתי עושה הנראה בעיני כן אתה וכו' עכ"ד ונראה דה"ה בנ"ד כיון ששם פיו כפיו ניחא כמו שראובן היה יכול לשנות דעתו ולפחות מהסך שצוה על דעתו גם שלוחו כמוהו יכול לשנות ולעשות מה שלבו חפץ:

אך לענ"ד האמת יורה דרכו דהדין עם ראובן ואף מהרשד"ם יודה בנ"ד דע"כ לא אמר הרשד"ם בנ"ד אלא משום שלא הטיל תנאי גמור אלא שגילה דעתו שהוא רוצה שלא ימכרו אלא בידיעת לוי ויש מקום לומר שליותר יפוי כח היה רוצה כן לא שיעכב זה המכירה משא"כ בנ"ד שעשה לו תנאי ואזהרה מפורשת שאם ירצה לקנות בסך שכתב לו הנה מה טוב ואם לאו יכריז עליו בכה"כ וגם אם יהיו מעות מזומנים לשלחם בשיירא הראשו' ימכרנו ואם לאו לא ימכרנו. כאשר בא בשאלה הא ודאי כה"ג דהוי תנאי גמור לא אמרה הרשד"ם. ועוד דבנ"ד כיון שההרשאה שהרשה ראובן אחיו היתה מוקדמת לזמן הכתב שכתב לאחיו אדרבא אמרינן דדברי הכתב שהם האחרונים ביטלו את דבריו הא' וחזר בו ממה שהרשהו בסתם ושם פיו כפיו שיעשה כפי דעתו ורצונו אלא מעתה לא יסור ממה שהזהירו וצוהו בפי' שלא ימכור אלא לערך שכתב לו ובתנאי שיהיו המעות מזומנים לשלחם עם שיירא הראשונה הנוסעת ואם לאו לא ימכור מעתה ועומד שלא יחזור בו מהרשאתו וא"כ דבריו האחרונים שבאו תוך הכתב הם לעיקר ואפי' אם הם באים כאחד ומנס שוה הרי דאינו לשב"ח. בח"מ סי' קפ"ב סעיף ח' עמ"ש הטור שם אם התנה עמו שיעשנו שליח בין לתקן בין לעוות אפי' מכר לו שוה מנה בדינר וכו' אינו יכול לחזור בו כתב הב"ח וז"ל והא ודאי דלא מהני האי תנאי בין לתקן בין לעוות אלא בדברים שלא הזהיר עליו המשלח בפי' אלא סתם א"ל זבין לי האי מידי אבל אם הזהירו בפי' על כך וכך אפי' כתב לו בין לתקן בין לעוות לא מהני האי תנאה. אם עבר ע"ד משלחו במה שהזהיר עליו בפי' ואין המשלח חייב לקיים מה שעשה השליח הפך מה שהזהיר עליו ולא מהני האי תנאה אלא לדברים שלא הוזכרו בשעה שעשאו שליח וזה דבר פשוט עכ"ל. וכן מוכח בדברי סמ"ע שם ס"ק ז' בהכ"מ וע"ש. ואף להרב כנה"ג שם הגה"ט אות כ"ד שחילק וכתב וז"ל ואני אומר שאם בעת עשיית השליחות הזהירו על דבר אחד בפירוש ולא התנה עמו בין לתקן וכו' ושוב התנה עמו ולא חזר להזהירו דאמרינן חזרה הוי וחייב המשלח לקיים מה שעשה השליח וכו' עכ"פ נ"ד אדרבא הוי להיפך דאדרבא תחילה לא הזהירו ושוב חזר בו והזהירו והוי חזרה ממה שהתנה עמו בין לתיקון בין לעוות:

האמנם אם יש להסתפק הוא בהם יכחיש שמעון הכתב שכתב לו אחיו ויאמר דמעולם לא נוס לו כן ואדרבא שלח לו הרשאה סתמית היאך הדין נותן והנה מדברי הרמ"ה הובא בטור ח"מ סי' קפ"ב ופסקה מרן שם ס"ד נראה דהדין עם שמעון השליח והלוקח זכה במקחו שכתב וז"ל. יש מי שאומר שכל זמן שלא יברר המשלח

שעשאו שליח לקנות לו שדה יכול המוכר לו' שפתנה עמו בין לתקן בין לעוות והמע"ס עכ"ל · הנה נר' דעת מרן ז"ל ראף דהמשלח טוען ברי' והמוכר ספק כיון שהמוכר הוא מוחזק בממון המרינן המע"ה וה"ה בנ"ר אנס דהמשלח טוען בריא כיון דהלוקח מוחזק בקרקע אמרינן המע"ס · אבל בר דייקינן פורקא הא ליתא . כלל מכמה טעמי הרא שהרואה יראה בש"ע סי' קפ"ה ס"ה כתב וז"ל ר' אומר בשהם אמרתי לך למוכרו והסרסור אומר בחמשים אמרת לי וכו' ואם ידע הלוקח שחפץ זה של ראובן הוא . וזה שמוכר לו סרסור הוא יחזיר החפץ לבעלים וכו' עכ"ל והקשה הסמ"ע סקי"ב מדברי הרמ"ה הנז' וחירץ . דלא כתב הרמ"ה אלא בשליח שאינו נוטל שכר שליחותו דמסתמא אינו מתעסק אם לא שאמר לו בין לתקן בין לעוות משא"כ דעשה כן מפני שכר סרסורתו וכן כתב סי' קפ"ב סק"ח יע"ש וא"כ בנ"ר דשמעון אחיו של ר' נטל שכר סרסרות מהקונה הינו נאמן דהוי נוגע בדבר · גם לפי מה שתי' בסמ"ע שם בסי' קפ"ה וז"ל ועי"ל דלא שייך זה . כ"א בעודה לו שנתן לו למכרו בלי קצבה משא"כ . בזה שאומר בהדיא התניתי עמו שלא יתנהו אלא כך . עכ"ל . ובונתו לומר דהיכא דפי' בהדיא שלא יתנהו אלא במאה לא מהני האי תנאה שהתנה בין לתקן בין לעוות ולשיטתיה אזיל דכשהזהירו בפי' לא מהני מאי דא"ל בין לתקן בין וכו' וא"כ פשיטא דהוי בנ"ר ממש דפי' בהדיא שלא ימכרנו אלא בסך כו"כ לא מהני האי תנאה וגם במה שתי' הב"ח בסי' קפ"ד דהרמב"ם איירי במשלח מו"כ וידע הלוקח החפץ שהוא שלו והוא רוצה להחזיק בו מכח הסרסור וכו' משא"כ בנ"ר דהרמ"ה דהמשלח עשה שליח לקנות וכו' ע"ש דלדבריו נ"כ דהמשלח עשה שליח למכור והלוקח רוצה לזכות מכח הסרסור כיון שיודע שאינו שלו חייב להחזיר החפץ לבעליו גם לתי' הש"ך שם סק"ח דשאני בנ"ל דהרמב"ם החפץ מבורר בעין שהוא של משלח יע"ש גם בנ"ר הדין הוא כן שחייב הלוקח להחזיר החפץ לבעליו כיון שמבורר שהוא של ראובן · ועיין בתשו' מהרשד"ם ח"מ סי' ק"ן ועיין בתשו' לחם רב סי' נ"ג ועיין בכנה"ג סי' קפ"ב הגה"ט אות מ"ח דלב"ע היכא דהודיע שהוא שליח נאמן המשלח לומר שעבר על דבריו ובטל המקח אבל בשלא הודיע ויש הכחשה בין המשלח והשליח ששליח נשבע ונפטר ולגבי הקונה אינו נאמן דהוי נוגע בדבר וכ"ש היכא דאית ליה הנאה ממון בנ"ר ודוק היטב שם · נאם הצעיר

חיים מרדכי

לבטון

ס"ט

סי' ל"ו

שאלה ראובן הן בעודנו חי נפלה לו ירושה במד"ס הבן לא באה לידו עדין ועד שלא הגיע לידו נלב"ע ותלי"ם והניח אלמנה ושתי בנות ואחת מהם נשואה והנה האלמנה רוצה ליזון מן הירושה הנז' או לגבות כתובתה והחתנים טוענים שהירושה הנז' היא ראוי ואין לה אלמנה הנז' ליזון או לגבות כתובתה אלא מהמוחזק יורנו המורה אי כ"ל הוי ראוי או מוחזק ושכמ"ה

תשובה אל אלקים השיב דבריו ונחני במעגלי צדק להוציא משפט לאמיתו · ואומר דלכאורה נראה דדין זה הוי ראוי כיון שלא הגיעו המעות ליד הבעל בחייו · ואמינא לה ממ"ש להרב תה"ר בתשו' סי' ש"ן שנשאל על ראובן שלוה מאמת מיתה ליתן לבת כנו עשרים ליטרא שתקנה בהם חנורה ונפטר ראובן ואח"כ מתה הבת קודם שהגיעו המעות לידה ובא בעלה לתבוע הקי' ליטרא מבן ראובן · ופסיק הרב דודאי הם לא יש שום זכות להשה זאת אין ממש בתביעת הבעל משום דכת"נ דלא בא ממון זה ליד אשתו מעולם ומאוסר נוכרינא חשיב ראוי ואין הבעל יורש את אשתו בראוי וכו' יע"ש וכן ראיתי בתשו' הגאונים של"מ הנק' בשם שערי צדק בדס"ח סי' ס"ו בתשו' בתחלה והלכתא אין האשה נוטלת בראוי כבמוחזק ואין הבעל נוטל בראוי כבמוחזק כגון ראובן וכו' ועמדם אשתו וכתבם מתנה לבנה לאח"מ וגשא יואו הבן אשה וכתב לה כתובה וקום' ומת שכן בחיי אמו ואשתו תובעת לפני ב"ר המתנה שנתנה לו אמו לאח"מ שעדין לא באה לידו הינה נוטלת כתובתה וכו' ואפילו מתה המזקה אחר מיתת בעלה אינה נוטלת כתוב' מאותם מתנה דהויא לה ראוי וכו' וכן מאן דיהיב מתנה לבתו לאחר מיתתו ממקרקעי ונשאת לבעל ומתה בחיי הבעל לא ירית בעל דההיא מתנה השון דלא קמו ברשותה שעה אחת בחייה אין הבעל נוטל ראוי כבמוחזק ע"כ וכן אתה מוצא להרב חלקת מחוקק ז"ל באה"ע סי' ק' ס"ב שכתב עמ"ש מור"ם בהגה אחב שלוה לתת מתנה לבנו לאחר כ' שנים או שלוה שלא לתת לו חלק ירושתו רק אחר שתי שנים מיקרי ראוי ואין אשת הבן נובה כתובתה מזה ע"כ והיא מתשו' מהרי"ו ומהרי"ל וכתב הח"מ דמהראיה שהביא שם בתשו' דאין אשה נובה משבר פעולה וטעמא הוי משום שלא הגיעו המעות ליד הבעל והוי ראוי מוכרח לומר דמ"ש בתשובה שקבע זמן לאו דוקא אלא כל מה שבא הבן דמייא לשכר פעולם ומיקרי ראוי יע"ש :

האמנם זאת מצאנו להרב כנה"ג בח"מ סי' ק"ו אות י"ב שהביא תשו' הגאונים הישנות סי' ל"ו על יעקב שכתב נכסיו לראובן בנו לאח"מ ומת הבן בחיי אביו ואח"ך מת יעקב · אלמנת ראובן גובה כתובתה ממ"ש יעקב לראובן אפילו שכתבו לאח"מ וקודם מת ראובן ע"כ ותמה קמה על הרב המבי"ט שכתב בח"א סי' ז"ן משם מהרי"ו דאין אשה גובה כתובתה ממה שפסק אבי החתן לתת לו אפילו כתב לו שט"ח בלשון הלואה דהוי ראוי דתשו' הגאונים הויא תיובתיה וכתב ואולם נחלק בין כתב לו שט"ח בלשון הלואה לכתב לו בלשון מתנה יע"ש ואין רואה דמתשו' הגאונים הנז' שהבאנו נראה דאפילו בל' מתנה הוי ראוי היפך מהך תשו' שהביא הכנה"ג · והנה אתא דתשו' הגאונים לאו כרבוד אחד · נאמרו דמר אמר חדא ומר מ"ת ליכא לן לומר דפליגי מבלתי שום טעם · וכהפשט ראיתי

ראיתי בתשו' ז' שהביא הכנה"ג ג"כ כ"ה כתב בתשו' שערי צדק הנז' דמ"ו ע"א סי' ו' ד' ושם האחת סימנה מסרב שמניה שהיא במודפסות [סי' ל"ו] בקילור והרואה יראה שתשו' שע"ל הנז' שם כתוב שראובן בנו של יעקב כתב לאשתו בכתובתה מה שהקנה לו יעקב אביו במתנה ובתשו' שם אחי עלה מ"ש בגמ' המשיב בכסיר לבנו וכו' מכר הבן בחיי האב ומת הבן והא"ק מת אביו ר"ל אמר קנה לוקח וקי"ל כר"ל ומ"ל מכר ומ"ל הקנה ומ"ל כתב לאשתו ב"כ ואין זה ראוי יעו"ש ומעתה ליכא שום סתירה בדברי תשו' הגאונים שבתשו' הנז"ל לא מיירי שכתב המתנה לאשתו ומשו"ה הוי ראוי ובהכי אין מקום לקו' שכנה"ג המהרי"ו ז"ל מתשו' הגאונים דהתם איירי בשעבר וכתב לאשתו המתנה שניתן לו מאביו ונרא' זה להכנה"ג שבמודפסות הובא בקילור ואפשר שאין כתוב שם כן ובעת אין אתי ס' תשו' הגאונים לראות בעיקר דבריהם ולפי מ"ש בתשו' שע"ץ הנז' נראה דלק"מ קו' הכנה"ג מכל זה. נראה דבכ"ד כמ' כיון שלא הגיע ליד הבעל בעודנו בחיים נראה דאין האשה גובה בתובתה משום דהוי ראוי ׃ אכן לער"ן דבעל האמת יש לזה דין מוחזק לגבי אשה וגובה כתובתה ממעות הללו והמוכח לה ממה שמצאנו בתשו' מוהר"מ הביאו המרדכי פ"ק כל הנשבעין ופסקו מור"ם בהגה בא"ע סי' צ' ס"א וז"ל אבל אם הניחו מוחזקים בנכסים אעפ"י שלא נבחה שהת מחיים ואפי' אם היו משועבדין לכתובת האלמנה נקראים מוחזקים לגבי והבעל יורש אותם עכ"ל ואע"ג דבענין היו משועבדים לכתובת הזקנה מצאנו שדברי מהר"ם נמצא לבאורה בסותרים ממ"ש המרדכי בשמו בפ' נערה ופסקו מור"ם בס' ק' וז"ל י"א דאם מת יעקב בחיי ראובן בנו והניח אלמנה הניזונת מנכסיו אין אלמנת ראובן גובה כתובתה מאותם הנכסים הואיל והיו משועבדים לאלמנת אביו בשעת ראובן ע"כ. והרבה חידושים נאמרו בקו' זו מ"מ נראה ברור שלא כתב מהר"מ בפ' נערה אלא מטעמא דהיו משועבדין לכתובת הזקנה ובשביל זה נקראים ראוי וכמ"ש הח"מ שם סקט"ו אבל פשיטא דבשביל שלא באו ליד הבעל ומוחזקין בוביינא לא בשביל זה יקרא ראוי וכן אתה מוצא בתשו' להרב בצלאל אשכנזי ז"ל סי' ת"ר על ראובן שכיב מרע שצוה ליתן לבתו מנה ונלב"ע ולא הספיקה הבת לקחת מנה מן היורשין עד שנפטרה ובא בעלה לתבוע מן היורשין מנה שצוה אביה מי הוי ראוי או מוחזק והשיב דהדין עם הבעל והביא ראיה מדברי הרמב"ם פי"ב דזכיה מתנה בא' שאמר נכסי לאמי ואחריה ליורשי וכו' ואילו אמר לכשתמות הזקנה הרי הן לבני מעכשיו היה הבעל יורש אותם אחר מיתת אשתו וכו' ע"כ. גם בתשו' מהרשד"ם בא"ע סי' צ"ח השיב על אשה שנפלה לה ירושה אי הוי ראוי לגבי בעל והשיב שהדין עם הבעל והביא ראיה ממ"ש הרמב"ם פכ"ב מה' אישות וז"ל הבעל קודם לכל אדם בירושת אשתו ומאימתי יזכה בירושה משתגיע לרשות האב וכו' אעפ"י שהכתובה עדין ברשות אביה כשלא יורשה ע"כ. גם מדברי הטור בא"ע סי' צ' שכתב אבל בראוי לא כגון ירושה שראויה לירש ומתה בחיי מורישה אינו עומד במקומה לירש ע"כ הרי שלא קרא ראוי אלא מטעם שמתה קודם המוריש. הא אם מת המוריש קודם הירושה אעפ"י שמתה קודם שהגיעו הנכסים לידה מוחזקים מיקרו ולא ראויים עכ"ל:

ומעתה הדבר ברור שמ"ש בתשו' הגאונים וכן מאן דיהיב מתנה לבתו לאחר מיתתו ממקרקעי ונשאת לבעל ומתה בחיי הבעל לא ירית בעל להאי מתנה כיון דלא קמו ברשותה שעה א' בחיים אין הבעל נוטל בראוי ע"כ היינו בתי מיירי שמתה הבת קודם אביה ולא הגיע לרשותה המתנה לעולם ומשום הכי הוי ראוי ולא ירית לה בעל אבל במת אביה קודם לה אע"ג שעדיין לא באו לרשותה מ"מ מוחזקים מיקרו אבל מ"מ ההיא דהרב תה"ד שהבאנו לעיל דמפורש יותר בכ"ד דמת האב קודם ואח"כ מתה הבת ואפי"ה פסק הרב דכיון שלא באה המתנה לידה מיקרי ראוי והדבר תמוה דמהראיות שהביאו הרב"א ומהרשד"ם משמע להיפך ותימא איך לא זכרו הרב"א ומהרשד"ם דברי התה"ד בתשו' זו:

וראיתי להרב כנסת יחזקאל בתשו' סי' נ"ב שהביא משם גדול אחד שתמה על תשובת הרב"א שאיך נעלם ממנו תשו' תה"ד הנז' והוא ז"ל כתב עליו תמהני פה קדוש יאמר זה עובדא דתה"ד פירש במלוה מחמת מיתה ועובדא דרב"א היה ש"מ שלוה וע"כ נ"ל שהיה איזה קנין או שאר דבר דאל"כ מתנת ש"מ במקצת אינו קונה ואחר שהיה איזה קנין ודאי במסורין בידה ואינו יכול לחזור. עכ"ל:

ובשאני לעצמי איני יודע מה הוא שח דהא הדבר ברור דמלוה מחמת מיתה אפי' במקצת דינא כמתנת ש"מ בכולה ודבריו ככתובים וכמסורים דמו וכמו שמבואר בסי' ר"ן ס"ז וח' יע"ש ועוד דהרואה יראה בתשו' הרב"א שם כתוב בלשון השואל ראובן היה ש"מ שבורים נכסיו לבניו ובכלל זה צוה ליתן מנה לבתו ונפטר וכו' נראה דראובן זה חילק כל נכסיו ומכ' כתב לבתו מנה ובכה"ג הדבר ברור דלא בעי קנין וכמ"ש מרן בש"ע סי' רנ"ב סי"ח וז"ל ש"מ שאמר תנו מנה לפלוני נותנים וכו' וה"מ במלוה מחמת מיתה וכו' ע"ש הרי לך המלוה מחמת מיתה בעי' אפי' במקצת קונה וא"ן קנין ומחלק כל נכסיו וכתב לאחד מנה מכללם הוי כמלוה מחמת מיתה ולא בעי קנין ואדרבא הקנין מיגרע גרע אם לא במופה כתו כמבואר שם וא"כ דינו של התה"ד ודינו של הרב"א ז"ל דין אחד להם והכתי קושיא במקומה עומדת (ע"כ במלאת וחבל על דאבדין ולא משתכחין) כ"ה

הצעיר

חיים מרדכי

לבטון

ס"ט

סי' ל"ז

ויש לחקור בענין ראובן ושמעון אחים ושותפים במשאם ומתנם ויש עליהם שט"ח ומע"פ ושניהם

ושניהם יש להם סחורות וחובות הנ"ל אחרים ומת ראובן והניח יתומים קטנים וכעת באים הב"ח וחובעים לשמעון והוא רוצה לפרוע מנכסי השותפות יען שהוא יודע באמת שיש להם הנ"ל אם יוכל לפרוע מנכסי השותפות כיון שהב"ח שעבר זמנם כין חובות שבע"פ ולהפסיד ליתומים או נימא שיפסיד מכיסו יען שהבע"ח מאיזה שירצה יגבה. תוכו או דולמא זיל לאידך גיסא שאם באים הב"ח לתבוע ישלם להם החצי שעליו והחצי של חלק היתומים יפסידו הב"ח על הכל דאיתי ונתון אל לבי להיכן שורת הדין נוטה:

והנה כדין לוה שמת והניח בנים גדולים וקטנים כתב הרא"ש ז"ל כלל פ"ד סי' ח' דהמלוה נפרע מן הגדולים חלק המגיע להם וכדי שיפרע ב"ח חלק המגיע לגדולים צריכים ב"ד להעמיד אפי' לקטנים ולחלוק עם הגדולים ויגבה ב"ח חלק המגיע להם עכ"ל וכן כתב הרשב"א בתשו' הביאה הב"י ח"מ סי' ק"י ס"ג וז"ל כל שיש גדולים וקטנים וכו' לנכסי הקטנים אין נזקקין ואפילו יודו הגדולים לב"ח שהם יודעים שלא נפרע החוב ושלא התפיסו אביהם בריו ואפי' אמרו ששמע הודה לו כשעת פטירתו אין משגיחין בהם לחייב הקטנים וכו' יע"ש והנה היא כתובה בס' ח"ה להרשב"א ח"ב סי' שס"ד ע"ש ובאמת שראיתי להרדב"ז בח"ג סי' תקי"ז שכתב כדין זה וז"ל ואומר דטעמא דאין נפרעין מנכסי יתומים קטנים הוא שמא יש להם ראיה או משום בריו וכיון שיש גדול ביניהם הרי הוא יודע וכו' הילכך נזקקין וכו' ואו דאפילו שחלקו נוטל כל חלקו מהגדולים דהוו כשנים שלוו בשטר אחד שגובה מאיזה מהם שירצה וכו כיון דקטנים לאו בני פרעון נינהו הוי כמו אשתדוף וגובה משאר נכסים ואו וכו' דאחיהם הגדול הוי כמו אפוטרופוס וכתב הרשב"א דאם יש אפיט' ליתומים וכו' הילכך מכל הני טעמי היכא דאיכא יתומים גדולים וקטנים דינם כגדולים ואעפ"י שכתב הטור דאין גובים אלא חלק הגדולים כ"ל שהרשב"א ז"ל חולק עכ"ל:

ואחרי נשיקת עפרות רגליו דבריו תמוהים כי עיקר הדין שנסמך עליו הרב שהרשב"א ז"ל חלוק על הטור ליתיה דהא בפירוש כתב הרשב"א בתשו' זו שאין גובין אלא חלק הגדולים וכדברי הטור ממש ועוד שכל ראיות הרב אינן מוכרחות דמ"ש וכיון שיש גדול הוא יודע וכו' ל"מ דאם באנו לחייבם מתוך עדותו הא קרוב הוא ופסול ועוד דחיישינן לקנוניא וכמ"ש הרשב"א שם בפי' ומ"ש דכיון שהם שותפים וכו' וחוזר הוא. ולוקח מן האחים וכו' הא נמי לא מכרעא דהא בכנון. זה שותף חולק וכמ"ש הטור ומרן דמעמידים להם אפו' וחולקים ומ"ש דאפי' שיחלוקו נוטל חלקו מהגדולים דהוו כשנים שלוו וכו' הא נמי ל"מ דלא יהא אלא ערב וקי"ל דנזקקין לנכסי ערב במקום יתומים קטנים וכמ"ש הרמב"ם ומרן בסי' ק"י ס"ג מ"מ אין הערב חוזר על היתומים עד שיגדלו וא"כ בקבלן הדין כן וכמ"ש הרמב"ן בתשו' סי' י"ט והביאה ראיה מדברי הרא"ד והרז"ה יע"ש וכן כתב הרשב"א בח"א סי' תתקע"ג יע"ש ולא עוד אלא שמצאנו להרדב"ז עצמו בחדשות סי' תשכ"ז שפסק דבערב שאינו קבלן אין נפרעין ממנו כלל ואפילו בקבלן דנובין כתב דפשיטא שאינו

חוזר וגובה מהיתומים עד שיגדלו ועי"ש וזק"ו הו דיינינן להו כשנים שלוו בשטר אחד דקי"ל בסי' ע"ז דהוו כדין ערב שאינו קבלן דהא ודאי אינו גובה כל עיקר חלק הקטנים אפילו מבים הגדולים ומ"ש הרב דהוי כאשתדוף בכי הוי ועל זה הביא דברי הרשב"א יע"ש אמת שכן ראיתי בריו"ו בכ"ו רוש ח"ג שכתב כן בשם הרשב"א אך לדידי מדבריו הרשב"א סי' אלף ט"ל אין נראה כן שכתב שם הא דקי"ל אשתדוף ב"ח נכי משתעבדי לא אמרן אלא דאשתדוף לגמרי שאין ראוים לגבות מהם אבל נטלום מסיקין או שמכרם הלוה לגוי אלם שאינו יכול להוציאם מתחת ידו אין לבע"ח על הלוקח כלום דא"ל הנחתי לך וכו' דהא נכסים ראוים לגבות מהם אלא שהם עכשיו ביד אלם ותלוין בעלי זרוע ליפול וכו' יע"ש והא פשיטא דבנכסים הנ"ל יתומים ראוים ליפרע מהם כשיגדילו וככר כתב דלא מיקרי איסתרוף אלא כשאין ראוים לגבות מהם וכודאי דלא גרעי יתומים קטנים מגוי אלם. ואף למאי דהוקמא הרב ש"ך סי' קי"ה סק"ט יע"ש מ"מ יותר מיקרי איסתרוף בגוי אלם מיתומים קטנים דהכא ימים באים וכוו דבר שיש לו מתירין ולא יכולתי ליישב שני דינים אלו של הרשב"א הם לא יש לנדה איפכא דביתומים אי אפשר בשום פנים לגבות מהם עד שיגדלו והוי כאשתדוף משא"כ בעלי זרוע דהיום או למחר אפשר שיפול דלא מיקרו אשתדוף בכס"נ. וכן דאיתי בתשו' ח"א סי' קנ"ה יע"ש ומ"מ אין ראיה מדבריו הרשב"א אלא שיש לגבות מהגדולים הכל והם ימתינו להקטנים עד שיגדלו ויגבו מהם הכל מה שדן הרב דהיכא דאיכא גדול חשיבי הקטנים כגדולים זו לא שמענו והיא גופה קשיא דהי הוקא אמאי לא מנו זה בהדי חלהא כשחייב מורה וכו' ולוקמא נמי כשיש גדולים בהדי קטנים וכמ"ש הרשב"א עצמו בתשו' דח"ב סי' שס"ד יהנז"ל ומ"מ לכי מהסס דלפי דברי הרשב"א שהביא רי"ו היה לנו לדון ביתו' קטנים עם הגדולים שיקח הב"ח כל חובו מהגדולים דתי לאשתדוף ומר' הרשב"א בתשו' זו נראה דנזקקים לגדולים לגבות חלקם דוקא וכן נראה שהבין מדבריו מרן ז"ל בסי' ק"י ס"ג שעל דברי הטור שכתב נפרע מן הגדולים חלק המגיע להם כתב מרן ז"ל שהוא בתשו' הרא"ש וכן כ' הרשב"א בתשו' וכו' והיא היא דח"ב סי' שס"ד ומשמע דהרשב"א והרא"ש ל"פ ולכ"ע אין נפרעים מן הגדולים אלא חלקם וקשה וכי עדיפי מהגדולים מנכסים משועבדין על שדן הרשב"א שגובה מהם היכא דליכא קטנים וכמ"ש הרדב"ז גם בדברי מרן יש לי תקום עיון דלפום מאי דפסק בסעיף ב' דנזקקין לנכסי ערב אעפ"י שיתומים קטנים למה כתב בסעיף ג' דאין גובין מהגדולים אלא חלק המגיע להם ובפרט לפי מ"ש הרב כנה"ג סי' קי"ח הגב"י אות כ"ט דאפילו מאן דס"ל דאין נפרעין מן הערב במקום יתומים קטנים מודה שגובין מנכסים משועבדים וכ"ש למאן דס"ל דגובין מן הערב פשיטא שגובין מנכסים משועבדים וא"כ היה ראוי שיקחו הב"ח כל החוב מן הגדולים ולא חלק המגיע להם דוקא. הכן הדבר ברור כי לא מפני שאנו מרמין כעסם מעשה כי הדבר מבואר היטב שדעת מרן שלא יקחו מהגדולים כי אם חלקם הגם שכל נכסי הלוה אינון ערבים ביה ומ"מ אליבא דכ"ע אין גובין

שיש

שום דבר מהקטנים כי אם עד שיגדלו כמו שנראה מתשו' הרדב"ז · ואיך שיהיה נראה דבנ"ד דהנים שלוו הוו ערבים זה לזה נראה דדינא הכי דנזקקין לנכסי ערב ויפרע החוב וימתין עד שיגדלו היתו' כאשר פסק מרן בפשיטות דנזקקין לנכסי ערב ומוכרת דס"ל דלא דמו אחים גדולים וקטנים לדין ערב אך בנ"ד דהוי ערב ממש ודאי נזקקין והוא לא יתפרע מהם עד שיגדילו זה נראה לכאורה :

אכן מטעמא אחרינא נראה דיש לדון בזה שינכו הב"ח ואפילו מיתומים קטנים והוא ממ"ש הרא"ש בתשו' ופסקה מרן בסי' כ"ו סעיף ז' וז"ל אשה הנושאת ונותנת בתוך הבית ואפוטרו' הממונה על נכסי בעה"ב ויודעים שהיו לבעה"ב נכסים של אחרים והממון נשאר בידם ויודעים של מי הם חייבים להחזיר לכל אחד מהם שלו ואם לא החזירו ובאו לב"ד מהמנו במגו עכ"ל הרי דאשה ואפוטרו' אם יודעים שהבעה"ב חייב חייבים להחזיר ואין ספק דהאי השותף עדיף מדין אשה והאפוטרופוס ובזה ראה וקידש הרב מהר"ש בן ולייסיר בתשו' כי כהה בסוף הפ"מ ח"ב סי' קל"ב שכל שהאשה יודעת שבעלה חייב חייבת להחזיר יע"ש וכן דן הרב פ"מ בח"ב בסי' ק' בנ"ד יע"ש :

אכן זה חזיתי להרב מש"ל בפ"י דזכיה דין ה' שחלק על הרב מוהר"ש בן ולייסיר הנז' דע"כ ל"ק הרא"ש אלא כשיודעים האשה או האפוט' שהוא עסקא או פקדון אבל היכא שהוא חוב אצל הבעל חס ליה להרא"ש לומר כן דמאן שם להו לפרוע חוב הבעל והביא ראיה מתשו' הרא"ש כלל ן' סי' ז' יע"ש ומעתה לדברי הרב פ"מ דהוי פרעון חוב אינו נאמן האח השותף לפרוע ולהפסיד את היתומים :

האמנם כל היד המרבה לבדוק ראה תראה דרבים הם החולקים על ס' זו דהמש"ל ז"ל דאין לחלק בין חוב לפקדון ובא הדבר מפורש בתשו' הרב מהר"ם אלשיך ז"ל סי' ק"ל דגם בחוב הדין כן והביא ראיה ממ"ש הרמב"ם ופסקה מרן בסי' ס"ג ס"ס י"ג וז"ל טען שמעון שיש ללוי חוב עליו מזה השותפות מנה אם היה בידו כדי החוב והיה יכול ליתנו ללוי נאמן ונותנין החוב ע"כ גם הרב משפט צדק בח"ב סי' ה' למד מתשו' הרא"ש דכלל ס"ח שהבאנו אפילו לפרעון חוב · גם הרב מהר"ם בן חביב ז"ל בתשו' כ"י כתב דאין לחלק בין חוב לפקדון והביא ראיה מדברי מרן דסי' ס"ג הנז' יע"ש ומה שהביא ראיה הרב מש"ל מתשובת הרא"ש כלל ן' סי' ז' כבר הרב מ"ן שם עמד ע"ז והאריך הרי לפנינו שארבעה גדולים הללו מהר"ם אלשיך והרב מ"ן והרב מהר"ש בן ולייסיר והרב מהר"ם בן חביב ז"ל כולהו בחדא שיטה קיימי דלא שאני להו בין חוב לפקדון וא"כ אין דבריו של הרב משנה למלך עומדים במקום אלו הרבנים וגם מקום יש בראש לומר שאפילו הרב מש"ל לא אמרה אלא באשה אבל בשותף כס"נ דנ"ד אפשר דאזיל ומודה שהרי הוא דומה ממש להאי דסי' ל"ד שאם טען השותף שיש ללוי עליו חוב אם היה בידו כדי החוב נאמן ופשיטא שלא יחלוק הרב על דין המפורש בדי' הרמב"ם ומרן ובודאי שלדעתו צריך לחלק בין אשה לשותף וא"כ פשיטא דבנ"ד יורה :

וראיתי להרב המכי"ע בח"ה סי' קפ"ח שנשאל על כיוצא בנ"ד ממש וכתב שם בתוך תשובתו ועל מה שכתב שמעון חלק ראובן במה שפרע מכיסו וכו' נראה דאם יש ראיה שהוא פרע מכיסו שיוציא מן היתומים וכמ"ש הרמב"ם סוף ההלכות טען שמעון שיש ללוי וכו' דמש' דאם אין חשש קנוניא חייב ראובן וא"כ כשמת הוי כמת בתוך זמן החוב שנזקקין לגבות מנכסי יתומים שהרי כשמת עדין לא היה חייב לפרוע שום דבר לשמעון מזה החוב עד שיפרע שמעון והרי לא פרע עד אחר מיתת ראובן וחייבים יורשי ראובן לפרוע לשמעון חלקם וגם שלא הביא שמעון ראיה ברורה אלא שנאמן משכון וראיות שדרך השותפים להיות מספיקות לשם יכול להוציא מיד היתומים כמ"ש הריב"ש סי' קכ"ח יע"ש עכ"ד הרי לך בפירוש דדעת המכי"ע דלא מבעייא אם היו מעות היתומים בידו דיכול לפרוע הב"ח מהם אלא אפילו שפרע חוזר וגובה מהיתומים וסתמן של דברים נראה דאפי' הם קטנים שהרי כתב דהוי כמת בתוך זמן ובתוך זמן גובה אפילו מיתומים קטנים · אלא שאנכי תוהא דברי המכי"ע ז"ל קשים וסותרים זה את זה כי מלשון זה נראה דיכול שמעון השותף להוציא אפילו מיתומים קטנים וכמ"ש ואילו מסוף תשו' זו שכתב וז"ל אלא שאם היתומים קטנים לא יגבה מהם כי אם כפי מה שהוא הדין לגבות מהיתומים כאחד מב' דרכים מפני שהשותפים הם ערבנים וערב שפרע אינו גובה מהיתומים אלא כאחד מן הדרכים וכו' עכ"ל הרי דס"ל דכאן שפרע מכיסו אינו גובה מיתו' קטנים והוא כבר כתב דאם אין חשש קנוניא הוי כמת תוך זמן דהוא אחד מהב' דרכים וגובה ומשמע דאפי' מיתומים קטנים · הנלע"ד נאם

הצעיר

חיים מרדכי

לבטון

ס"ט

סי' ל"ח

זה סובב ע"ד חכם אחר ולא ידענא מנו ונשבה ממני ולא נמצאת תשובתו :

ראיתי מ"ש מעכ"ת על דברי הרב מש"ל בפ"ט דגזילה שפקפק בהוראת מהרש"ך ז"ל דלא מצינו במי ששכר בית מחבירו ובא אחר ולקחה דנקרא רשע וכתב רו"ס דמזה ימים תמהנו עליו ממה שמפורש בהדיא בסי' רל"ז וש"כ שבסי' רל"ז כתב מרן אחד המחזר לשכור או לקנות ובא אחר וקנאה נקרא רשע ומשמע שאפילו הא' היה שוכר והב' קונה ועוד מפורש בסי' ש"ב דאם אחד היה שוכר ובא אחר וקנה דהמוכר מכר וחייב להניח השוכר לדור ע"ס זמנו וכיון שכן דברי הרב מש"ל תמוהים · ועוד תמה מעכ"ת על מהרש"ך דמאי אתי עלה מעני המהפך הו"ל להביא ההיא דסי' ש"ב דפשיטא דלא יגרע המחזיק מן השוכר · ועוד

תמה

תמה על המש"ל דלפי דבריו יולא דאם אחר שכר בית וכא אחר ולקחה דלית בה איסורא ושכירות לית בה משום עני המהפך בחררה וזה דבר תמוה שמפורש בסי' של"ז דאסור למלמד להשכיר עלמו לבעה"ב שיש לו מלמד אחר ופשיטא דה"ה בשכירות הבתים שדין כן דמאי שנא שכירות הבתים לשכירות האנשים ע"כ כאו הדברים של ימים הראשונים ובעת נתיישב מעכ"ת בענין וראה דכ"ד דמהרש"ך והמש"ל מיירי במנאות דיש רשות לבעה"ב ליתן למחזיק דמי שווי חזקתו ולסלקו מאותה החזקה באיזה זמן שירלה ולפי זה עלו דבריהם בטוב טעם ודעת ע"כ תורף דברי מעכ"ת:

הנה אמת הגיד כי מכמה הרפתקי דעדו אשכחינהו לכלהו אסתירי וסנה כעת חזרתי על לימודי הנה כי מנמר בעתיקא קשה מדרתא וראיתי אחרי רואי כי מה שהקשה כת"ר לדברי המש"ל מההיא דסי' ש"כ אנכי בעניי אינני רואה שום קושיא כלל כי שם איירי כרולה המוכר למכור ללוקח בתוך זמן השוכר הראשון שבזה לגבי לוקח ליכא שירכא דאיסורא דעני המהפך בחררה כי אם דוקא משום דקי"ל שכירות ליומיה ממכר משו"ה אינו יכול להוליאו תוך זמנו עד שיכלה זמן שכירותו משא"כ בנ"ד דמהרש"ך והמש"ל דאיכא שכירות לזמן רק שיש לו חזקה שאין שום ישראל יכול לשוכרה ולהוליאו וע"ז כתב מהרש"ך דגם אם ירלה ישראל אחר לקנות המולק' אית ביה לחא דעה"כ כמו אם בא אחר לשוכרה אך הרב מש"ל ס"ל דדוקא בבא אחר לשכור אבל בבא לקנות לא ולא דמייא להאיא דסי' ש"כ אפילו כעוכלא לדנא:

גם מ"ש כת"ר דלדעת המש"ל דשכירות ליח ביה משום עני המ"כ וע"ז תמה עליו מדין המלמד הא ודאי ליתא דאם שניהם בשכירות הא ודאי אין שום ספק דאית ביה משום עני המ"כ אבל אם בא השני לקנות מהגוי ולהוליא מהראשון החזקה אפשר דלית ביה משום עני המ"כ ופניתי אני לראות בספרן של לדיקים ראשונים כמלאכים על פרט זה וראיתי שהרב בעל משפט לדק בח"כ סי' ס"ד נמשך אחר סברת מהרש"ך ע"ש ואחריהם גם כן נמשכו האחרונים הרב דבר משה בח"מ סי' כ"ה וכא על החתום הרב מר אביו בעל ס' כרם שלמה ז"ל:

האמנם לעומת זה ראיתי בדברי הראשונים זלה"ה שנסתפקו על קנות וחזקות השר בהונות בשאלוניקי שכתוב בהם שלא יורשה שום יהודי לשכור חזקת חבירו אם קנייה הוי בכלל אם לאו והרדב"ז בתשובת סי' תי"ג כתב דיכול לקנות האין זה בכלל התקנה וכן נר' דעת הרשד"ם בח"מ סי' רכ"ח ע"ש ואם איתא דס"ל כמהרש"ך הלא הנם דאין זה במשמעות התקנה ליתסר משום עני המ"כ הלא ודאי דלא ברירא להו מילתא דמיקרי רשע בכה"ג ועוד אמינא כיון דמלינו בהיגא דב"מ שהבריעו בח השוכר וכמ"ש מרן בש"ע סי' קע"ה ס"ט שאפילו מכר לאחר שאינו בן המלר אפ"ה אין השוכר יכול לסלקו משמע דאין זה ישר וטוב שיקנה השוכר הבית שדר בו ובודאי הוא דעני המ"כ אינו אלא משום ועשית הישר והטוב

ונריעא מדינא דב"מ דלא מפקינן מהלוקח ובת"ש בתשו' מהרד"ך בבית ל"ב ודקדק כן מדברי רשב"ם והמרדכי ע"ש • וראיתי להרב משפט לדק בח"ב סי' ס"ד שהקשה עליו דהאי אלטריך למילף מדברי רשב"ם והמרדכי הלא ש"ס ערוך בקידושין דחניא בברייתא מה שעשה עשוי אלא שנהג בו מנהג רמאות וליסנא דמה שעשה עשוי מוכח שפיר דלא מפקינן מיניה והניח בקושיא ע"ש • והנה לפי דעת הרב ז"ל יותר היה לו לתמוה על דברי ר"ת שהביאו הנ"י והרמב"ן בבתרא דב"ה וגם הריטב"א בשי' לקידושין דס"ל דמיקרי רשע ומפקינן מיניה עש"כ ומברייתא דקידושין הויא תיובתיה דר"ת • אכן כד דייקינן בה פורתא לא קשיא כלל דשאני כן עושה שליח לקדש או לקנות דהתם דוקא דהוי מנהג רמאות מה שעשה עשוי אבל בעני המ"כ דאיסורו אחר פסיקת הדמים וכמ"ש המרדכי ופסקו מור"ם ביה ס"ל לר"ת דמפקינן מיניה וא"כ ההיא דמה שעשה עשוי אינו ענין לדין עני המ"כ ולא קשה למהרד"ך כלל:

אכן ראיתי להרמב"ם ז"ל בהל' אישות פ"ט דין י"ז שכתב וז"ל העושה שליח לקדש לו אשה והלך וקדשה לעלמו הרי זו מקודשת לשליח ואסור לעשות כן וכל העושה כן וכיולא בו בשאר דברי מקח וממכר נקרא רשע עכ"ל הנה מבואר דס"ל להרמב"ם דמה שעשה עשוי ורשע מיקרי וק"ק על מהרד"ך אמאי לא הביא דברי הרמב"ם ול"ע • ואיך שיהיה דעת הרמב"ם הפך ר"ת דס"ל דעושה שליח לקנות לו המ"כ הוא • כי מזה יש לי לעמוד ע"ד הרב כנה"ג בהגה"ט סי' רל"ז אות ז' שכתב וז"ל לא שייך עני המ"כ כמי שעשה שליח לקדש לו אשה ומקדשה השליח לנפשו עלמות יוסף דכ"ה אבל הר"ם מינץ סי' ל"ח כ' דנקרא עני המ"כ עכ"ל וק' דמה לו לדקדק ממוהר"ם מינץ שהוא בתרא הרי הדברים מבוארים בהרמב"ם וכמ"ש • גם על הרב עלמות יוסף יש להרגיש שלא הזכיר דעת הרמב"ם שהוא הפך: מ"ש:

ואיך שיהיה נמלינו למדין שרוב הפוסקים ס"ל דלא מפקינן מיניה שלא המה הרמב"ם והרמב"ן ורבו של הריטב"א והנ"י והמרדכי ורשב"ם והרד"ך שפך דברי ר"ת:

וראיתי בתשו' למוהר"ם בן חביב ז"ל והיא נ"ו נדפס"ם בס' קרבן אשם בח"מ סי' נ"ו שהקשה לדברי ר"ת דלפי דבריו אמאי הולטריך רנמ"ה לתקן דישראל השוכר בית מגוי דלא יוכל ישראל חבירו לשוכרה מהגוי והלא מדינא דש"ס איסורא איכא דהעושה כן נקרא רשע וכשלמא להחולקים על ר"ת יש לומר דתקן לאפוקי מיניה דלוקח אבל לדברי ר"ת שמחייבים אותו להחזיר אמאי הולטריך חרם רנמ"ה ע"ש • ואחרי נשיקת עפ"ר לדידי לא קשה כלל מתרי טעמי חדא דלריכא דש"ס דוקא אם בא השוכר השני ונטלה מיד בעל החררה הוא דמיקרי רשע אבל אם בעל החררה לא רלה ליתנה לו אלא רלה לתתה לישראל אחר הא ודאי פשיטא דלא מיקרי רשע והוא מוכרח בש"ס מההיא דרבין חסידא עיין בכנה"ג הגה"ט אות ס' ו' ע"ש ואפי"ה מן התקנה הנה שגירשו הגוי הבעה"ב לשוכר הראשון ורלה ליתנה לשני ואפי' בלא תביעתו אפי"ה

אפי"ה עובר על תקנת רגמ"ה וברור · ועוד דהמעיין בס' ליקוטי הפרדס הובא מתקנת רגמ"ה שם מפורש ז"ל שלא לשכור בית מגוי שדר בו חבירו עד מלאת שנה אחר שילך היהודי מן הבית וכו' ע"ש ומעתה מה מקום להקשות דזה הוא מדינא דש"ס דמי שם פה לומר דאחר · שילך היהודי מן הבית אפילו ביום אחד שלא יוכל השני לשוכרה וכמו שהוא הדין לדידן דלא נתפשטה תקנת רגמ"ה אבל לפי שתקנה עד מלאת שנה אחר שילך מן הבית אינו יכול השני לשכור ואין ספק כי זה נרס למהר"ש בן חביב ז"ל כי לא ראה שורש תקנת רגמ"ה בשרשה והדברים ברורים · ומה שתירץ הרב לקושיא זו דאיצטריך חרם ר"ג לדעת ר"ת היינו אם קונה או שוכר הבית בזול · שרבה שוה מאתים במנה דדמי למציאה והפקר · דמדינא דש"ס לית ביה משום עני המ"ב המטו להכי אצטריך תקנת רגמ"ה ע"כ · הנה כתב הרב שוה מאתים · במנה לאו י"ח כל הפוסקים וכמ"ש בש"ך סק"ג וכהנה"ג ע"ש ולדידי מלבד שרוחק עוד זאת דהויא מלתא דלא שכיחא ולא אצטריך רגמ"ה לתקן משום דבר דלא שכיח וק"ל · ונדולה מזאת ראותי בתשו' מהר"ש אלשיך סי' ס"ז שכתב וז"ל ועוד שלא קבלה תקנת רגמ"ה נדולה מכל התקנות ונזרות בש"ס ומרגלא בפומא דש"ס תמיד לומר מילתא דלא שכיחא לא גזרו בה רבנן דורהי לא אסיק דעתיה דרגמ"ה לגזור על כיוצא בזה דהוי מילתא דלא שכיחא עכ"ל · הנה מבואר דעיקר תקנת רגמ"ה הוי למילתא דשכיחא אבל הני אהרמי מילתא דלא שכיחא לא גזר ותכ"ש דאין מקום לומר דעיקר תקנתו הויא על מילתא דלא שכיחא רוקא ואין ספק דמכירת שוה מאתים במנה הוי · מילתא דלא שכיחא וכודאי דלא גזר רגמ"ה · ומתוודתא · כדשנינן וק"ל · ומיהו השתא דאתינא להכי ביטוב קושיית מהרמב"ח ז"ל אפשר לומר דגם הפוסקים הנז' אינן חולקין אם' מהרש"ך די"ל דכ"ע יודו דהקונה אחר השכירם לאחר אית ביה משום עהמב"ח והאי דנסתפקו אי המבירה הויא בכלל ההסכמה היינו לפי שבהסכמה והתקנה היא אפילו במקום דאינו מן הדין כגון שבעה"ב הוא רוצה להשכירה לשני או אחר שילך השני מן הבית חוץ · שנתו דבכה"ג מן הדין ליכא ומן התקנה איכא ובזה נסתפקו אי המכירה הויא בכלל התקנה אם לאו אבל היכא שמן הדין לא יוכל להוציאו אה"ן דאין לחלק בין שכירות למכר וכס' מוהרש"ך וק"ל :

האמנם מחשו' מרן בס' אבקת רוכל סי' קי"ח וקי"ט יש לדון דהרב מוהר"ם אלשקאר ומרן ז"ל לא ס"ל כס' מוהרש"ך והוא דשאל על ר' שמכר מכוזאן מן הגוי ובא שמעון וקנה המבוזאן מהגוי וטען ראובן שהוא מוקדם ·מדינא דבר מלרה ועו שהיא שכורה בידו והשיב מוהר"ם אל אשקאר דבשכירות לית בה דינא דב"מ אפי' כשהיא שכורה בידו וחייב ראובן לצאת ·מן הבית למוסרה לשמעון הקונה וגם מרן השכים על ידו · ועפ"כ ואם היתה סו"ל להרבנים ז"ל לומר דהגם דמדינא · דב"מ אין לראובן דין ודברים מ"מ שמעון הקונה רשע מיקרי שקנאה והגם דיש לדחות דאפשר דאיירי דהגוי בעל המבוזאן אינו רוצה להשכיר אלא למכור דבכה"ג לית ביה משום עהמב"ח מ"מ לא הוה ליה לסתום הדברים ואדרבא יבררו הדברים לשמעון הקונה שאם הוא נכנס לגבול הקונה שיחזור בו אלא ודאי לא ס"ל כמהרש"ך וק"ל ואם כנים אנחנו בזה בדיוק דברי מרן ז"ל בתשו' הנז' א"כ שפיר יש לומר דמ"ש מרן בסי' רל"ז במחזר אחר דבר לקנותו או לשכרו וכו' ובא אחר וקנאו נק"ר אין הכונה בזה דגם בקונה מיד השוכר נק"ר וליסנא דהש"ע ליסנא קייטא הוא אלא נראה שכונתו להביא דברי התוס' דאפי' בשכירות איכא דינא דעני המ"ב ומ"ש ובא אחר וקנאם היינו בכל חד כדיניה בשוכר אחר שוכר ובקונה אחר קונה דשכירות נמי ליומיה ממכר ולא קשה מיניה לדברי המש"ל · גם מתשו' הרדב"ז בחדשות סי' קנ"ט נראה ברור דאין בזה משום עהמב"ח שהרי בכה"ד שוכר אחר שוכר ואפי"ה כתב דאין בו משום עהמב"ח ע"ש וכ"ש בכה"ד בקונה אחר שוכר · גם מתשו' הרב פני משה בח"ב סי' פ"ב שכ' וז"ל שכיון שלוי לקח כל הבית כולו ושמעון אינו רוצה אלא בבליטה א"כ הו"ל כההיא דמכר כל שדותיו לאחד דלית ביה דין בה"מ וה"ה לנ"ד הבא מכח שהקנה שלא יהא גדול כחו מכח המלוה עכ"ל נראה ברור דבכל היכא דלא דיינינן דינא דב"מ כמו מוכר כל שדותיו כ"ש דלא דיינינן ביה עהמב"ח וא"כ גם בנ"ד בלוקח אחר השוכר לא יהא עדיף כח השוכר הבא מכח עני המב"ח יותר · מהמלוה שהרי במלוה לא מצינו שעשינו לו שום זכות ויפוי כח וא"כ ודאי גם מדין עני המב"ח אין לו שום זכות ואף אם ירצה השוכר עצמו לקנות אין שומעין לו וכדין מכר כל שדותיו שאפי' אם ירצה המלוה לקנות הכל אין שומעין לו וכמו שפסק מרן בסי' קע"ה סל"ו ע"ש גם יש לומר דמהרש"ך עצמו לא כתב כן בתשו' אלא לפום מאי דסבר בהאי תשו' דחוקה אית בה דינא דב"מ ומשו"ה אית בה דין עני המב"ח וכמו שמבואר בסוף דבריו דס"ל דחזקות אית בהו דינא דב"מ אבל לפי מה שהסכימו רוב הפוסקים דחזקות לית בהו דינא דב"מ וכמ"ש הש"ך שם ס"ק ס"א ע"ש והאי גם דינא דעני המב"ח לית בהו וגם מהרש"ך עצמו לא עמד טעמו בו וכח"א סי' קט"ו ובנוספות סי' כ"ז ע"ש ובבר הושג מהרב משנה למלך בפי"ב דשכנים ה"ח ע"ש אפשר דלפי סברא זו גם דעני המב"ח לית בהו וכ"ש בשוכר ממש דלכ"ע לית בהו דינא דב"מ דאפשר דהו"ל ומודה דלית בהו משום עני המב"ח ואלא בהרב דבר משה ז"ל שמשכים הולך בספרו בכמה מקומות דבחזקות לית בהו דינא דב"מ ואפ"ה בסי' כ"ה מתו"מ פסק במהרש"ך דאית בהו דינא דעהמב"ח הליתא לענ"ד · גם דינו של הרב משפט צדק בסי' הנז"ל שזכה לשוכר לסלק לשמעון שהוא בן המלך ובבר קנה סוא חתום כעוני שמאחר שראה הרב ז"ל מחלוקת הפוסקים בחזקות אי דינם כמטלטלי או כמקרקעי לענין דינא דב"מ איך כתב בפשיטות דאית ביה משום עני המב"ח ובפרט לזכות לשוכר כנגד בן המלך ונ"ע · ואי לאו דמסתפינא אמינא דנ"ל לחלכה דאין בשוכר דין עני המהפך בחררה נגד הקונה מכל האופות שכתבתי ובפרט שאף מוהרש"ך לא אמרה אלא בחזקות דעדיפי משוכר אך לא החליט הדברים ויען בגם הרב משנה למלך

עצמו לא חלק בפשיטות אלא שכתב ויש לפקפק בהוראה זו הנה כי כן למעשה הדבר צריך עיון · הנלע"ד כתבתי ·

הצעיר

חיים מרדכי

לבטון

ס"ט

סי' ל"ט

שאלה ראובן ושמעון היה להם שירות אצל שרי הארץ וכל אחד ואחד מהם היתה שירותו בפ"ע ואין להם מגע יד ושייכות זע"ז כלל כי מקדם קדמתה היה סדר ואופן שכנסת העיר והוצאותיה ע"ז האופן והוא כי המחאציל היה ממונה על קאלס אל מרי וכסף גולגלתא ועווארין וזה היה נוכח ע"י ראובן שהוא צראף המחאציל הנז' ושמעון הנז' היה שירותו בצלטנאת והוצאות העיר והכנסותיה וביותר שהם סכים גדולים היו כולם על ידו והצראף כאשר אשר יבא עם השר הגדול היה בידו הוצאות והכנסות השר כולם כאחד היו על ידו והם שעיקר ומזה קרוב לי"ב שנים בא שר של מצרים ולקח סוריא ונירש לראובן משירותו והניח לשמעון עומד ומשרת בקודת שבירות לחדש כמשפטו עם כל משרתיו ובתוך ימי ממשלת שר של מצרים בסוריא עקר ראובן דירתו מפה"ו הוא וביתו ונשאר חנוך בן ראובן פה אר"ץ אך ורק עמד ושמש לא' מגדולי מלכות אחרת בסחורות כמנהג הסוחרים ומזה שלש שנים חזרה סוריא למלך יר"ה ובא שר גדול מקושטא כנהוג כמאז ומקדם והניח שמעון בשירות שלו · ויהי כשלש חדשים לביאת השר הנז' נשתנו סדרי חשבונות מוצא ומובא העיר ובא דיפתרדר מאת המלך כידוע ונעשה כל הכנסות והוצאות העיר יחד כלם בין בצליגאת בין בעיירות בין כסף גולגלתא ובין קאלס מאל מירי הכל כאשר לכל ע"י הדיפ'תדר אשר בא מאת המלך כנז' כידוע ואין ביד אחר זולתו שום דבר כלל ועיקר ואז נכנס חנוך בן ראובן הנז' וחילה את פני הדיפתרדר להחזירו לשירות אבותיו ואזי נכנסו חנוך ושמעון הנז' יחד כדי להקביל פני השר הגדול ביום ראשון לכניסתם כנהוג בשירות · ובמקרה אשר לא טהור כעס השר הגדול על חנוך והוציאו בזעם מאת פניו ואזי הכניס שמעון בכל מיני שירות הן מדבר שהיה נוגע לשירות הצראף כאשי אשר יבא עם השר והן מדבר עיקר שירותו והן מדבר שירות שנוגעת לראובן אבי חנוך הנז' כיון שנשתנו סדרי החשבונות ונעשו הכל ע"י אחד כנז"ל והנה אחר עבור שני שנים שלח חנוך בן ראובן וכתב לקושטא הכראט אשר היתה ביד אביו להחזירו ולעמוד ולשרת ובעת וכעונה הזאת כתבו גדולי המלכות להשר הגדול אשר פה אר"ץ יע"א שיודיעום באר היטב מה ענין כח הכראט אשר היתה ביד ראובן ומה היה עסק שירותו ומה טיבו · ויהי כאשר השיבו אילי הארץ והשר הגדול תמוס כראשם דעיקר הכראט אשר היתה ביד ראובן תחילתה לא היתה קנויה בדמים ואינה נותנת מס למלך והיא היתה שירותו אצל המחאציל אשר היתה לפנים ביד המחאציל אגב ושמעון היה כל מוצא ומובא העיר תחת ידו ובעת אשר יצא מאמר מאת המלך יר"ה שישתנו כל סדרי החשבונות אשר היו מימי קדם ויהיו הכל תחת יד הדפתרדר ואזי בחרו בשמעון אשר היה מוחזק בנאמנות אצלינו ובפרט דיש מקום לומר דראובן שמא כבר מת ונפלה חזקתו מחלול ומה גם כיון דעיקר שירות ראובן שיחת על קאלס מאל מירי וכסף גולגלתא וביותר שהוא סך מעט מוער לגבי השאר לא יוכשר להניח שולחני בעד זה ובפרט דחנוך הנז' אינו בקו הנאמנות · כ"ז כתבו וחתמו אילי האר"ץ ושופטים והשר הגדול עמהם לגדולי המלכות אשר בקושטא וזה · קרוב לשנה שקבלו תשו' ושכרו וקבילו · והנה בעת בא חנוך בן ראובן וקובל על שמעון וזה אומרו כי אתה אף שעומד מכח הכראט אשר בידך וביד אבותיך מ"מ גם אתה עומד בשירות חזקת אבותי כיון שהיה ביד אבי כראט מאת המלך בשירות המחאציל אגב הנז' ואף כי עתה נתבטל מנת המחאציל אגב ונעשה כל המוצא והמובא תחת יד הדפתרדר מ"מ יש לי חזקה בממון שהיה נכנס תחת יד המחאציל ובדין הוא שאכנס גם אני לשרת שם או שיחלוק עמי בריות ושמעון השיבו מעיקרא כח שירות שלנו לא ראי זה כראי זה דהכראט של אבותיך היא עשכרו'ה ר"ל שתחילתה לא היתה קנויה בממון מאת המלך וגם אינה נותנת למלך מס קצוב מידי שנה בשנה וזה כלל גדול מחקי המלוכה כל כראט שיקח האדם בקנין דמים בתחילתה ונותן מס קצוב עליה אין לה ביטול עולמית לא כן כראט העשכרו'ה יש לה ביטול בזמן שירצו בביטולה משא"כ בכראט שלי ושל אבותי מתחילה וסוף היה ע"י קנין דמים וגם אני נותן עליה סך קצוב מידי שנה בשנה מיום הוסדה ועד עתה ועוד מעיקרא כיון דנתבטל שירות המחאציל ממילא נתבטל שירותך דלא עדיף את מגברא דאתית מחמתיה וכי קימא מאי חזית דדמא דידך סומק טפי מדידי הא אית לה תברא שאני יש לי איזה פרטים משירותי שלא נתבטלו ומה שנתבטלו ונשתנו סדר ההכנסה והיציאה מ"מ כבר נכנסתי בשירותי זה ג' שנים שוב אינך יכול להשיג גבולי וכ"ש שזכיתי במה שהיה נכנס ויוצא תחת הצראף כאשי אשר יבא עם השר הגדול כנז"ל שזה נתבטל ואני נכנסתי במקומו וזכיתי בכל שירות שהיה בידו שהוא שקול כנגד הכל · ועוד מטונך אשיב לך אף לפי דעתך דעדין חזקת אביך במקומה עומדת מ"מ אני שנכנסתי בשירות הדיפתרדר לא נתרבה שכית בשביל טורח הקאלס מאל מירי אשר היה בידך דשכירותי חדא היא דהא חזקת שירותך הוא בשיעור מועט לגבי השאר ולא חזי ולא מידי לגבי שירותי שהוא כל המוצא והמובא אשר היה ביד הצראף באשי ומה שהיה בידי מקדם קדמתה שהוא אלף אלפי אלפים פעמים וראיה לדבר כי אשתקד חלית פני ע"י אנשים להושיב שולחני לבנך בהכנסת כסף גולגלתא וכן עשיתי ונתנו לו שכירותו מידי חדש בחדשו ולא ניכו לי ממנת חלקי אשר קצבו לי מזמן אשר היה בידי כסף גולגלתא וכיון שכן אני נכנסתי בשירות אשר היה בידי וביד הצראף באשי וממילא

עמדתי

עמדתי בשירות שמאל מורי דשם. עיקר חזקות אלו
מדין עני המ"ב והשגת גבול · ואת"ל דחששו לתקן
גם בנדון זה שיהיו לעכב לכל אדם שלא יש לו בר
זכיה עמו. אבל בכעין נ"ד אומדנא דמוכח דעיקר
עסק שלי מצד שירות אשר היה בידי מקדם קדמתה
וגם בשירות אשר היה בבר ביד הלראף באשר שנתבטל
ואני נכנסתי במקומו וזכיתי בו בודאי הגמור בכעין
זה לא תיקנו כלום ולכן יורנו מורינו רא"ש גולת
אריאל · עטרת תפארת ישראל · אם זכה שמעון
בטענות שחזקות אשר השיב או עדיין יש מקום לזכות
לחנוך בן ראובן ושכמ"ה :

תשובה הנני משיב בקיצור נמרץ הנה בדין
מערופיא שכתב מור"ם סימן קנ"ו
וחשו' הרשב"א בדין שעירוני אין מקום להאריך אך
הסכמת האחרונים דאית ביה משום עני המהפך
בחררה ומשום גזל וכמ"ש החק"ל בח"מ סי' ק"ה
בח"א ודלא כהפ"מ ח"א סי' ט"ל שהוא ז"ל חזר
בו בח"ב סי' קכ"ב וכן כתב בס' חקי חיים סי'
ל"ה ע"ש ועיין בברכות המים דקע"ח · ולא עוד
אלא דמוציאין מידו ועיין בתשו' מהרש"ם סי' רכ"ט
ושנ"ד מהרש"ך סי' כ"א מהרי"א סי' ש"ן פמ"א ח"ב
סי' ק"ב אורים גדולים לימוד קנ"ז · אך במחזיק
לזמן קצוב כתב החק"ל סי' ק"ג דרשע מיקרי ואין
מוציאין מידו וכן כתב מהריק"ש בע"ל סי' ש"ע
שמבי"ט ח"א סי' קנ"ד מהרי"ט ס"א סי' נ"ה ועיין
קול אליהו ח"א ח"מ סי' ו"ז · ומינה לנ"ד שהמאמר
הוא עשכורי שדרך המלך להחליפם בכל עת אדעתא
דהכי נחית ואין מוציאין מיד השני וכן יש לדון
מדברי מהריק"ש סי' ש"ע שכתב ואין רצון המלך
וכו' משמע דוקא בשקנה. אבל במאמר המלך שהוא
עשכורי שאינו קנוי אדעתא דהכי נחית ורשע מיקרי
אבל אין מוציאין מידו :

אך יש לחקור אחד אם בביאת שר של מצרים
שהיה המנהגים אם איבד ראובן חזקתו
ואת"ל שאיבד נימא אפילו שחזר עוד המלך אם
נאמר פנים חדשות ב"ל או לא · ב' כיון שנירשו
לראובן אם הוי ד"ד ואיבד חזקתו או לא · ג' את"ל
דלא איבד אי עקירת דירתו בזה איבד חזקתו והורה
לדעת שנתייאש ואת"ל שהניח בנו בהר"ן מהני שלא
לאבד חזקתו הכתי יש לספק במה שנירשו השר לחנוך
וגם כתב עליו שטנה לקושטא שאינו נאמן אי הוי
דינא ד"ד ואיבד חזקתו או לא · ולספק הא' כתב
הרשב"א הביאו בב"י סי' קנ"ג בראובן שסמך קורותיו
על כותל שמעון ונפל איבד חזקתו ואפי' חזר ובנה
פנים חדשות באו לכאן ע"ש וגם בתשו' אחרת
הביאה הב"י בסי' קנ"ד כתב כן ומינה למד הרב
פאת נגב דל"ד ד' על נדונו שהסוחר נשבר ועקר
דירתו יע"ש דלאו משום דאסח דעתיה אלא דאמרינן
פנים חדשות באו לכאן אף שיש לדון בנדון נ"ד לא
תליא כי אם בהסח הדעת וכל זמן דאגיד ביה לא
אסח דעתיה ולא דמי לשאר נדונות דאמרינן בהו
פנים חדשות באו לכאן מ"מ ממ"ש הרב פאת נגב
משם מוהריק"ו שורש קל"ב שגזר המלך שלא להלוות
עוד שפסק בה חזקת הלואה יע"ש וכתב הרב פאת
נגב ולא מטעם יאוש דמילתא דשכיחא היא שיחזור
המלך ויתן רשות וכו' אלא משום דנתבטל הדבר
שא"א להיות הלואה בעיר מד"ד ופקע חזקתו ובשחזור
המלך לתת רשות פנים חדשות באו לכאן ע"ש וכן
נראה מהרב דרכי נועם חי"ד סי' י"א והחק"ל י"ד
ח"ב סי' מ"א וסי' מ"ח דאם גירשו השר אעפ"י
שחזר אחר כך אמרינן פנים חדשות באו לכאן וכ"ז
דלא כהרב ירך אברהם בח"ב דל"א דתלי טעמא
בהיסח הדעת יע"ש :

באופן דמדברי מהריק"ו והפאת נגב הנז' נלמד
בג' ספיקות הנז' חדא כיון שיצא מן
השער איבד חזקתו ועוד כיון שהיה צריך להשתדל
ולא חש והלך בלי אדעתיה שנתייאש ועוד כיון שגזר
המלך שלא להלוות פסק בה החזקה וכן בנ"ד דשר
מצרים גירש לראובן ושוב עקר דירתו שרי מהל ואף
שהניח חנוך בנו שוכן בהר"ן לא מהני וכ"ש דנראה
מהשתדלם דלאו בקום עשה היניחו שם שלא לאבד
חזקתו ועוד דלא השתדל לחזור לאותנו ע"י שוחדות
והלך ואת"ל דהשתדל ולא עלתה בידו מ"מ כיון
שגזר שר של מצרים שלא ישאר עוד ברא"ש ועשה
אותו משרה וגם גירש לראובן ודי לו בשמעון אין
לך ד"ד גדול מזה וגם אם יחזור משנה אחר ויחזיר
הדבר לקדמותו מ"מ דמי לנפל הכותל שגם דבהא
אמרינן פנים חדשות באו לכאן וה"ה הכא והדבר
פשוט שהשר של מצרים דינו דינא דמלכותא שכ"כ
הרשב"א בח"א סי' תרי"ב ותרל"ו וח"ב סי' שנ"ו
דכל שר ושלטון בעירו קרי עליה דינא דמלכותא
דינא וכן כתב מוהריק"ו שורש קל"ה והביא תשו'
הרשב"א והמרדכי פרק הגוזל בתרא ע"ש וכ"כ
בת"י הביאו בכנה"ג סי' שס"ט הגה"ט אות י"ד וכן
מצאתי להריק"ש סי' שס"ט יע"ש · ועדיפא מינה
כתב הר"ש אלשיך סי' ס"ז היכא אם יכעוס המלך
ויעביר חזקתו לזולתו הוי קמסנותא דמלכא ע"ש
וכזה דן הרב אסרות הפסגה בח"מ סי' ט"ז ע"ש
והנה שהב"י סי' רל"ד והש"ג פרק חזקת הביאו מדעת
הרשב"א דדוקא בממונה מאת המלך ולא כן שר של
מצרים שהוא מורד כבר כתב הכנה"ג שם דלא היא
אלא שכל מושל בעירו דינו דין ולדעתי גם הב"י
והש"ג מודים בזה ולא אמרו אלא בשר שאינו מושל
אבל בה"ג יודו וכן כתב רש"ל פ"י דב"ק סי' י"ד
ע"ש · ומה שיש לעמוד בשיטה שכתב הש"ג במלך
שגזל ארץ ממלך חבירו וכו' אין במעשיו כלום
ודכוותא בנ"ד בשר של מצרים מ"מ לא הכרח דהתם
דהש"ג בשלקח בערמה אבל במלחמה לא ועוד
דביאר דבריו שלא קיבלוהו העם עליהם לא כן בנ"ד
דקבלוהו בשמחה כנודע ועוד שכבר תמה עליו
הכנה"ג סי' שס"ט הגה"ט וע"ש שיישב דאיירי בלקח
בערמה ועוד דוקא לכריתת ארזים ולא לממון שלוקח
עש"כ :

ועוד אף את"ל דשר של מצרים אין דינו דין
מ"מ דראובן איבד חזקתו דהרי בשבא שר
מקושטא חזר והניח השירות לשמעון ושוב בשבא
הדיפתדר'ר ומנהיג בשר של מצרים ורצה חנוך ליכנס
וכעס עליו השר ואף שכתב אח"כ חנוך לקושטא
כתב השר עליו שטנה דאינו נאמן ובבר נפל עליו
חזקתו מחלול ונתבטל הדבר מעיקרו הרי איבד
חזקתו שכבר גירשו שר של מצרים והביו עקר דירתו
ונתייאשו ושר של מצרים החזיק לשמעון ובשחזר
המלכות חזר והחזיק לשמעון ואח"כ בא הדיפתדרא
וחזר הכל כמנהגו של שר מצרים אין לך פנ"ח גדול
מזה

מזה וכמ"ש מוהריק"ו והפאת נגב וכ"ש שהשר הגדול שהוא שלית המלך כעס עליו וכ"ש שכבר החזיר תשובה למלך וכקבלה תשובתו דשתיקה כהודאה הוי והרי דין שמלך מוחלט וזכה שמעון מן ההפקר ועיין במוהריק"ו שורש קפ"ו שכתב כנ"ד דכיון מלכא למלכה כעשית העיר קולונייא וכו' ע"ש כי נדון מהריק"ו כעין נ"ד ששמעון החזיק בזמן שר של מצרים וגם כשחזר שר מאת המלך הניחו לשמעון במקומו וכעס על חנוך בן ראובן ממילא זכה שמעון זכות גמור :

באופן דהדין גמור דזכה שמעון ואין לו לחנוך בן ראובן שום טענה ותביעה ולא דו"ד על שמעון כלל ועיקר : כנלע"ד

הצעיר

חיים מרדכי

לבטון

ס"ט

סי' מ'

נשאול נשאל הרב מהריט"ן בתשו' סי' ל"ה על ראובן שנשתתף עם שמעון עוה"ד שיוליך סחורה למצרים וילבישנה בסחורה אחרת ויחזירנה לצפת ת"ו ושמעון עלה בדעתו להוליכה לשאלוניקי ולסוף הוליכה לשאלוניקי ולא היה שם ריוח כי אם ס' למאה המכס אם היה מחזירה לצפת היה עולה הריוח עד ע"ו למאה אם חייב שמעון בעשרים למאה שהיה הפרש בריוח או לא והשיב דודאי שמעון חייב כפי מה שהיה שוה בצפת · ושוב נסתפק שם במי שנתן מעות לשלוחו לקנות חטים וקנה שעורים אם נאמר דדוקא אם פיחתו מהקרן פיחתו לו או נאמר דגם אם היה ריוח בחטים חייב ליתן לו הריוח · וכתב דגם בזה נ"ל פשוט דחייב המשנה לשלם מה שהיה ריוח בחטים ודייק לה מלישנא דהרמב"ם דכתב אם פיחתו ולא כתב אם הפסידו דר"ל אם פיחתו מהריוח עכ"ד :

ובשאני לעלמי אקרי בע"ר תמיהא לי מלתא דרב טובא דמהי תיתי לומר דחייב שמעון בפחת הריוח דהא ודאי כל מה שחייבו להמביא בפחת הוא מטעם דכיון דקנה שעורים ושינה מדברי השותף מצי למיטען השותף האחר כיון דשנית את הוא דאפסדת אנפשך ועלך ליהדר הפסד הכל לשלם מה שהיה מרויח בחטים זו לא אמרה אדם מעולם דהא ודאי לא הוי אלא גרמא בנזיקין ואת"ל דהוי דינא דגרמי הא ודאי לא אמרו בדין דינא דגרמי אלא בשהפסידו מהקרן אבל אם מנע ממנו הריוח ודאי הוא דאינו חייב לשלם · והנה שדין זה הוא ברור ופשוט מכח הסברא ולמי שבקי בדברי הפוסקים מ"מ לרווחא חלק אי אפשר שהמעיין בתשו' למהר"ם מפאדווא סי' ס"ב ראה וראה דפשיטא ליה להרב דדינא דגרמי לא נאמר אלא כשהפסידו מהקרן דוקא אבל אם סגר הדלת בפניו ומנעו מלהרויח אין זה בכלל דינא דגרמי וכתב דלא גרע מהא דקי"ל בפתו ומת ברעב דפטור וכן את מולא למהר"ש הלוי ודבו' מהרח"ש בתשו' ח"מ סי' ט"ל שכתבו כן בפשיטות ועיין בכנה"ג סי' שפ"ו הגה"ט אות פ"ט · ואם אמת היה הדבר הזה מה שדן הרב ז"ל לא ידעתי איך ולמה כתב הרמב"ם בפ"א דש"ש דהנותן לשלוחו מעות לקנות חטים או מין ממיני הסחורה ולא לקח אין לו עליו אלא תרעומת ואם איתא כיל"ל דחייב במה שהיה מרויח בחטים דמ"ל שינה מדברי המשלח וקנה לו שעורים מ"ל שינה בדבריו ולא קנה לו שום דבר דין הוא דליחייב במניעת הריוח ואיך כתב דאין לו עליו אלא תרעומת ולא ידעתי מה ישיב הרב ע"ז ומה שדקדק מדברי הרמב"ם שכתב אם פחתו פחתו לו ולא כתב אם הפסיד אין זה מן הדיוק כלל וכבר דרכו של הרמב"ם לכתוב פחת במקום הפסד והדרכה יש לדייק מדברי הרמב"ם שכתב פ"א מהל' שלוחין בנותן לשלוחו לקנות חטים וקנה לו שעורים שכתב אם פחתו דמי זה שלקח משמע דוקא פיחת מדמי שלקח ולא מהריוח אף דדיוק זה יש לדחות לדחות מ"מ לענ"ד הדבר פשוט וברור שאין שמעון חייב במניעת הריוח ואחרי נע"ר הרב דבריו דחוים מהלכה :

ומה שהביא ראיה מדברי מוהריק"ו בשורש ט"ו לענ"ד אפ"ל דנ"ד דמוהריק"ו הכי הוה דרו"ש היו שותפים עוה"ד שהיו לווים מעות ברבית ומלווים אותם ביותר לרווחא דמילתא והי"ל ללוי מעות בדרך הכשר ושמעון החזיר מעותיו של לוי מפני מעות שהיו בשביתם וראובן הביא מעות ורולה ליקח יותר מריוח מפני ריבוי מעותיו ושמעון טוען דרולה ליקח חצי מחנות אשר כחזקתו חלק כחלק ואין חשש במה שהביא ראובן מעות ממ"א וגם אפשר דראובן לוה מעות אלו שהביאם מאחרים בריבית וע"ז כתב הרב דהאמת כיר שמעון דאלמלא הוה' שמעות היו מעותיהן תמיד מלוות ולא סוכתות א"כ הו' המעות שהוסיף ראובן לא מעלם ולא מורדת דבעת בתוספת המעות היו קנה מהמעות סוכתות ואינו מן הדין שראובן יקח פירותיהם דמלו טעין שמעון אלו שנתוספו הם מעותיך ומעות השותפות כולם הם מלוות ומעותיך הם הסוכתות והא ראיה ששמעון מקפיד ביתרון המעות עד שהחזיר ללוי מעותיו וגם בענין שמשכונות אינם רתוק שברבוי המעות וביטולם שילוו אותם אפילו על משכונות שהמה פחותים אפילו מן הקרן כנלע"ד ברור כדברי מוהריק"ו ז"ל ודברי הרב מוהריט"ן אין לסם על מה שיסמוכו ודבריו צריכים אלו: תלמוד ועיין להרב נח"ת שבעה ח"כ סי' ס"ס שכ' דבמניעת הריוח לא חשיב אפילו גרמא בנזיקין יע"ש ודוק :

האמנם במפשי באנוחות הפוסקים בדינים דשייכי לדינא דגרמי רואה אני דאפי' דינא שכתבנו לעיל דהמונע חבירו מלהרויח אין זה בכלל דינא דגרמי אינו מוסכם לבאורה מדברי הראשונים ז"ל והוא ממ"ש המגיד בפ"ט דשכירות דין ד' בדין השוכר את הפועלים וחייב בהן בעה"ב ע"ש שכתב הה"מ ז"ל ויש בזה חילוקים ודינים כתבום הרמב"ן והרשב"א הזכירם בקולר דוקא שלכו וכו' וכשאמרו אין להם אלא תרעומת בשלא הלכו דוקא בשלא היו יכולים להשכיר עלמם אמש כששכרם בעה"ב

בעה"כ זה אבל אם היו נשכרים אמש ועכשיו אינן נשכרים בלל הן כדבר האבד להם ונותן להם שכרם כפועל בטל וכן אם נשכרים בפחות משלם מפחת עכ"ל ופירש הסמ"ע סי' של"ג סק"ד וז"ל ס"ז כדבר שאבד להם פירוש וחייב מדינא דגרמי ע"כ וכן כתבו התוס' שם דע"ו ד"ה ואין להם זה ע"ז אלא תרעומת וקשה לר"י דהא קי"ל כר"מ דדאין דינא דגרמי א"כ אמאי לא יתן להם כפועל בטל כיון שעל ידו נתבטלו אותו היום וי"ל דמיירי דהשתא כו עוד מצאו להשתכר ע"כ וכ"כ הרא"ש ע"ש ומעתה ניחזי אנן דהתם מיירי שמנעם מלהרויח ואפ"ה חייבו הראשונים ז"ל את בעה"כ מדינא דגרמי וכוותייהו פסק מרן בש"ע סי' של"ג ס"ב ע"ש וא"כ לכאורה יש להפליא על מוהר"ש מפאדווה ומוהר"ש הלוי ורבו שפסקו בפשיטות דמונע חבירו מלהרויח אין זה בכלל דינא דגרמי שהוא הפך הראשונים גדולי עולם הרמב"ן והרשב"א והתוס' והרא"ש :

ועוד זה נראה לכאורה לשיטת ראיה מנגדת לתשו' מוהר"ש מפאדווה הנז' והוא מת"ש הרשב"א ז"ל בתשו' ופסקה מור"ם בסי' ס"ו סל"ב ואם מכר שט"ח של כותי ותחלו צריך לשלם אף הריבית שעלה עליו ע"כ ושיה תשו' הרשב"א הביאה הב"י שם ורי"ו ע"ש הנה דנראה ברור דאף הריוח חייב בו מדינא דגרמי · איברא דלהא קא חזינא להש"ך שם סקק"ז דהמה ע"ז וז"ל אע"ג דהיה יכול לנכותו אינו חייב לשלם לו דמניעת הריוח לא מיקרי היזק ומוקי לה הש"ך שם להא דהרשב"א בשוקף הריבית בשטר במלוה ואז הו"ל בנכוי אף דמליסנא דמור"ם לא משמע כן ע"ש · וכיוצא בדבר אתא תמוה להרב כנה"ג בח"מ סי' שפ"ו הגה"ט אות ס"ט שהביא דברי מהר"ש מפאדווה ז"ל הנז' ומהרש"ך דס"ל כן וכתב עלה במושרים הביאו ב"י מתורת א' על ראובן שהלוה לגוי מעות בריבית ובא ש' ואמר הילך בפחות אינו חייב לשלם דלאו בריא היזקא דמש' הא בריא הזיקא חייב לשלם אע"ג דלא הוי אלא ריוח וכו' שהיה זוקף עליו במלוה קרן וריבית והפסד קרן מיקרי וכו' עש"כ הנה נראה דהש"ך והכנה"ג דעתם ברור דמניעת הריוח לא מיקרי דינא דגרמי ולכאורה דגם עליהם יעבור כוס התימא דהוא הפך מדברי הראשונים שזכרתי :

ובהיותי נבוך בזה תמהתי ראיתי אור להרב חומת ישרים סי' ק'ס שנשאל על ר' שהוציא שם רע על שמעון ומתוך כך הוציאו חבירו מן השותפות וגרם לו היזק יותר ממק' דינרים ריוח בשנה אי חייב מדינא דגרמי או לא והשיב דבנ"ד הו"ל מילתא דלא שכיחא וכ"ש דלא שכיח שיאמנו דבריו וכתב ואף כי היא דהשוכר אנן פועלים והטעו זה את זה ומקשים שם בתו' בשם ר"י כיון דקי"ל כר"מ דדאין דינא דגרמי וכו' ומסיק שם ר"י ב' חילוקים דלא מחייב משום דינא דגרמי אלא כשהוא עצמו עושה ההזק לממון חבירו ועוד שאינו חייב בדינא דגרמי אלא א"כ נעשה ההיזק מיד וכנ"ד לא דיינינן דינא דגרמי עש"כ עכ"ד וכן ראיתי להתוס' בבתרא דכ"ב שכתב כן בשם ר"י יעו"ש ומ"מ אשתמיט ליה להרב דהרשב"א והרמב"ן והרא"ש כתבו דבבה"נ חייב משום דינא דגרמי וא"כ בנ"ד ג"כ שדומתו הרב ז"ל לההיא דהאומנין שחזרו זה כזה הו"ל לדון לחייב שמעון משום דינא דגרמי והיך לא חש הרב לכל הראשונים הנז"ל ולכאורה הדבר צ"ע :

אך אמנם כד חידוק שפיר ליישב דעת הני רבוותא דס"ל הכין והמה מהר"ש מפאדווה ומוהר"ש הלוי ורבו ז"ל ומוהרש"ך והרב ת"ג והש"ך והכנה"ג דהמה ז' נביאים מתנבאים בסגנון אחד וחלילה לומר דכולם כאחד נעלמו מהם דברי הראשונים הנז"ל הא ודאי ליתא והחילוק מבואר דודאי אם כפת חבירו ולא הניחו להרויח ודאי דחייב משום דינא דגרמי דהרי מצאנו שחייבה תורה בשבת שמונה שאינו מונעו כי אם דוקא מלהרויח וכזה הוא דוקא דחייב משום דינא דגרמי אבל אם עיכב את ממונו להרויח בו אז בזה אינו חייב משום דינא דגרמי דהוי כמבטל כיסו של חבירו ומ"ש מוהר"ש מפאדווה וז"ל רק גרם היזק שנעל דלת הריוח בפניו כמו בפתו ומה הרעב דמשמע מינה דאפי' כפתו לחבירו ומנעו מלהרויח דפטור שה ודאי ליתא דהא ודאי לא דייקי כ"כ דברי הרב אלא דכוונתו דוקא כשביטל את ממונו וכעובדא דנ"ד דהרב ז"ל ולהכי בנ"ד דהרב חומת ישרים דהזיקו בגופו ולא בממונו ודומה קצת להא דכפתו ואסרו מלהרויח ואינו ענין לביטול ממונו מש"ה דן הרב דאם היה ההיזק ברור היה שמעון המזיק אף שלא מנעו כי אם מלהרויח ודמיא ממש להא דהאומנין שחזר בהם בעה"כ דחייב ליתן להם אם לא ומצאו מי שישכירם דהתם ודאי אין המניעה בממונם אלא בגופם ודמיא לשבת שחייבה בה התורה אבל אם עשה ההיזק בממונו כ"ע יודו דאינו חייב משום דינא דגרמי במניעת הריוח :

שוב האיר ה' את עיני ומצאתי חילוק זה בדברי הראשונים והוא במרדכי פרק הגוזל בתרא שכתב וז"ל ותדע שיש חילוק בין נזקי גופו לנזקי ממונו בבה"נ ומשום האי טעמא שפר"י שכרי שבת הפרדס אם סיגרו בחדר וביטלו ממלאכתו פטור לר"ה כי שהוא דגזל אפדנא דמורא וחרם כהן וקנסו ר"ן משום דגזלן עתיק הוא אבל מן הדין אינו חייב כלום וכ"ש היכא דסיגרו בבית דפטיר וכו' ע"ש · הנה מבואר יוצא מדברי המרדכי הנז' דמה שמונעו מלהרויח ממונו לית ביה משום דינא דגרמי אך בגופו חייב מידי דהוה אשבת דחייב רחמנא וגם ההיא דהאומנין דמייתא לשבת דידיה וכן ההיא תשו' דהרב קה"ר סי' ש"ו באחד שהוציא שם רע על חבירו וביטלו אותו מלשיות ש"ן ואתי עלה הרב מההיא דהאומנין לחייב ליה מדינא דגרמי ושוב דחה דלא שייכי הכא תרי חילוקי דר"ן שהביאו התוס' פ' לא יחפור דכ"ב ע"ש ואין שם הדברים שכתב בעל חומת ישרים סי' ק'ס שנז"ל גם זה דמי ממש לההיא דהאומנין שאינו היזק בממונו אלא היזק לגופו ודמי לשבת וזה ברור :

ומעתה כמה תמוהים דברי הש"ו שהובא בתשו' הרב משפטי שמואל סי' ק"ח שלמד לנ"ד שעשו השכנים שלא יקנה שום יהודי מעכו"ם למר יותר מסך מה והלכו אנשים וקנו ביותר והזיקו לאחרים מלהרויח והרב שפוסק הנז' הביא ראיה מדברי התוס' לחייבם מדינא דגרמי יע"ש ותימא דמה דמות יערוך מזיק גוף חבירו ומונעו מלהרויח

לזה

לזה שמזיק ממונו ואף גם זאת דבנ"ד אפי' ממונו אינו מזיקו ואינו אלא גרמא דגרמא וכבר הרב מ"ש שם דחה דבריו בשתי ידים והדברים פשוטים ודוק ·

והנה בהיותי בזה ראיתי פני אלקים פני משה בבני חמת בשניות סי' מ"ט שכתב וז"ל

אך עדין צריך אני להתלמד בנ"ד. אם הפסידו בשיבת הקלבה בנז' מן הקרן או"ד שלא הפסידו אלא מן הריוח שהיה להם להרויח יותר ובשיבת קלבת שמעון לא הרויחו יותר מכשיעור דאם ההפסד לא הוי אלא בעבורי רווחא מלאתו ראינו למוהר"ש מפאדווה סי' ס"ב דפטר מדינא דגרמי המונע מחבירו שלא ירויח וא"כ בנ"ד פטור כסברת מהר"ש הנז' אך אומר אני דלסברת ריצב"א דאית ליה דינא דגרמי הוא מטעם קנס וכו' דכפי טעם זה ראוי הוא דאם הפסידו מהריוח שישלם מדין קנס אלא שסברא זו דריצב"א במחלוקת שיא שנויה וכיון שכן לא ראה מוהר"ש לחייב בנ"ד מהאי סברא כיון שבמחלוקת שיא שנויה אבל בנ"ד דראובן הוא מוחזק אמר קי"ל כריצב"א עכ"ל · ואחרי התאבקי בעפר כפות רגליו אין דבריו נראים חדא דמי גילה רז זה להרב דנ"ד הוי מלתא דשכיחא עד שיאמר דאפילו הפסידו מהריוח חייב לסברת ריצב"א ומי מפיס דדבר זה שכיח ובודאי דדברי ריצב"א אינם אמורים אלא באותם דחוקים שאמרו בגמ' דחייבים ע"ז קאי הריצב"א וכ"ט דהוי מילי דשכיחא ומשו"ה חייבו בש"ס למיהב וממקום שפטרו ואמרו דהוי גרמא בנזיקין הוא משום דהוי שכיחי ולא קנסו אבל בנ"ד דהרב מהן לימא ליה דשוי מלתא דשכיחא עד שהאמר דהתופס יכול למימר קי"ל והדרבא מס"ט המטע הוא דבנ"ד דהרב הוי מלתא דלא שכיחא כלל דהרי שמעון הוא אחד משאר מוכרי הענבים מועטים והפסד שבעור ומים יתייקר השער יותר ובזה הוי שונג והיכא דהוי שונג קי"ל דפטור מדינא דגרמי כמ"ש הרמב"ם וכן דעת מהר"ש מינץ סי' כ"ח עיין בכנה"ג סי' שפ"ו שגה"ט אות ל"ד ע"ש ובזה יהיה פטור אף אליבא דהרב ומכ"ש שלא יקרא זה מצוי ורגיל שיתחייב לסברתו וגם דהרואה יראה לש"ך סי' שפ"ה סקכ"ד שכתב דדוקא מלתא דמצינו בש"ס דקנסו אמרינן משום דשוי שכיח וכו' וחכו דלא לוסיף עלה ואין לך אלא מה שאמרו הם עכ"ל ואף אם נאמר דהפ"מ חלוק בזה מ"מ בנ"ד אין זה מיקרי שכיח ומכ"ש דהוי שונג וכדכתיבנא · ועוד קאתינא לה ורעתי מהיכא פשיטא ליה להרב ז"ל דלסברת ריצב"א אף אם הפסידו מהריוח חייב דהא דברי ריצב"א קיימי אדברי הש"ס שחייבו בשורף שטרותיו של חבירו וכיוצא דחייבו בש"ס משום דינא דגרמי וקאמר עלה טעמא דהוי שכיח ורגיל לבא ומשו"ה קנסו אבל מניעת הריוח דלא מצינו דכוותה בש"ס מאן שם לן דמחייב ריצב"א · והנה דברים הלו הם מסברא אף אני אביא עד הרואה הוא הרב משאת בנימן בתשו' סי' כ"ח דדעת הרב שם כמ"ש וז"ל הנ"ל ואין להקשות דנ"ד לא דמי לדינא דגרמי לפי החילוק של הריצב"א דבכל הנהו חסרי ממונא משא"כ בנ"ד שמנעו את ראובן מלהרויח ודמי למבטל כיסו של חבירו וכו' דשאני נ"ד דכמאן דמנח בכיסיה דמי ולהכי לאו מניעת הריוח מיקרי וכו' והוי ממש כאילו כפר באו לידו וכו' עכ"ל הרי מבואר בפירוש דדעת הרב בפשיטות דאף לסברת ריצב"א לא מחייב אלא בדחסריה ממונא ולא במניעת הריוח · וכן אתה מוצא להרב ש"ך שם סקכ"ה שכ' וז"ל דאף הרב לא מיירי וכו' אבל היכא שהכותי מחזיר לראובן את שלו אעפ"י שמתוך כך מוכרח למוכרו לאחר בפחות אין שמעון חייב לשלם לו מה שהפסיד שהרי אינו מחסרו כלום עכ"ד ודברי הש"ך הנז' קיימי אדברי מור"ם שפסק להסיא דהריצב"א וכתב עלה ולכן יש מי שכתב דראובן וכו' והיא מנימוקי הרמ"ם ואפ"ה כתב עלה הש"ך דדוקא כשהכותי מחזיק במקח לעצמו דהוי חסריה ממונא ממש אבל מניעת הריוח לא · ועל שכל הנך רואה בעיניך להמרדכי פרק הגוזל בתרא דתחילה הביא שני חילוקי דר"י וכתב ולי לא נתיישב לי ולא יכולתי לעמוד על החילוקים אכן הריצב"א כתב וכו' עכ"ל משמע דדעתו כהריצב"א וכן כתב המשאת בנימן בתשו' הנז' דדעת המרדכי כריצב"א ואפ"ה מבואר יוצא מדברי המרדכי דאינו חייב במניעת הריוח היכא דסגר בהמת חבירו וביטלה ממלאכתה דפטור וכתבתי לשונו לעיל ואם איתא לדברי הפ"מ הו"ל להמרדכי לחייבו משום דינא דגרמי אפי' במניעת הריוח כיון דס"ל כריצב"א אלא ודאי דליתא כדכתי' :

איברא דק"ל על דברי המרדכי כמ"ש וז"ל ואם סגר בהמה בבית וביטלה ממלאכתה פטור לדברי הכל כי שהוא דגזל אפרגא דקורא והרש בשם וקנסיה ר"ן משום דגזלן עתיקא הוה אבל מן הדין אינו חייב כלום עכ"ל וקשה דכיון דס"ל להמרדכי כריצב"א דבכל מקום שחייבו בש"ס בדינא דגרמי הוא משום קנס א"כ גם הכא הו"ל לחייב משום דינא דגרמי וכדקנסיה ר"ן והיא היא דינא דגרמי א"כ אמאי פסק דפטור ומה זה שכתב אבל מן הדין אינו חייב כלום הלא כל דינא דגרמי הכי הוי דמדינא אינו חייב וקנסא הוא דקנסינן ליה וא"כ גם בזה הו"ל לחייבו והיישוב לזה הוא דלא נאמר בש"ס וקנסיה ר"ן סתמא דמשמע משום דינא דגרמי אלא כדקתני טעמא משום דגזלן עתיקא הוה משמע דבלא"ה אפי' קנסא לא קנסינן ליה ולית ביה דר"נ כלל באופן דהדבר מבואר דלא כהפ"מ ול"ע :

עוד כתב הפ"מ וז"ל עוד אמינא דיש טעם אחר לחייבו אעפ"י שהפסידא לא היתה כי אם בריוח דאפשר דכל קוני הענבים יש לדמותם לשותפים וכו' וידוע הוא ששותף שפשע משלם כל ההפסד וה"נ בנ"ד שמעון פשע וחייב עכ"ל ושנה הרב ז"ל שתים הדברים כאילו הם הלכה למשה מסיני ואני אומר דאחרי נע"ר אם קבלה נקבל ואם לדין יש תשובה דהא ודאי כל מה שחייבו רז"ל בשותף שפשע לו שינה הוא מטעמא דהוי כמזיק בידים דהא באמת הדבר ידוע דהשו' שם שומרי שכר זה לזה וקי"ל דפשיעה בבעלים פטור אלא דטעמא דמחייבינן לשותף בפשיעת הא' משום דהוי כמזיק ואם אמת היה דקי"ל כדינא דגרמי אף שהוא מזיק בידים פטור ממניעת הריוח וכסברת מוהר"ש מפאדווה וכל הפוסקים הנז"ל מאין הרגלים לומר דהשו' בפ"נ חייב הלא כלן טעם השו' משום דהוי מזיק וכמזיק עצמו במניעת הריוח פטור ואיך הרב ז"ל חייב בזה אליבא דכ"ע ונאמר דהשותף חייב יותר ממזיק בידים זו לא אמרה אדם מעולם ואין הדעת סובלתו ודברי הרב תמוהים בעיני ול"ע ·

חי'

חי' על הש"ע ח"מ

סי' א' ס"א בזמן הזה וכו' עיין מה שכתבתי אנכי בעניי לעיל דכ"ח ע"ג :

שם ווירושות ומתנות וכו' עיין גם כן לעיל דף הנז' :

שם אבל דברים וכו' עיין לעיל דף הנז' ·

סי' ג' ס"ד פחות משלשה וכו' אפי' לא טעו וכו' עכ"ל נ"ב עיין סי' כ"ה ס"ד ובש"ך שם סקמ"ג ·

סי' ז' ס"ז בהגה ולכן מותר להיות דיין בשזה בורר לו אחד וזכל"א וכו' עכ"ל נ"ב עיין בתשו' מהרש"ם ח"מ סי' מ' דכ"ד ע"ג ·

סי' י"א ס"א והשליח ב"ד נאמן לומר הקלני וכו' עכ"ל נ"ב והשע"ר מצטרף עם עד אחד לומר שבעל דינו הקלה הדיין כ"ד ש"ס ח"מ סי' ל' ועי"ש ·

סי' י"ב ס"ח מחילה אינה צריכה קנין עכ"ל נ"ב יש להסתפק אם עשו קנין מי אמרינן קנין אין כאן מחילה אין כאן או"ל עיין בני יעקב דק"ו ע"ד לחם שלמה סי' ל"ג ·

שם בש"ך סקי"ז מחילה אינה וכו' דבתפס שטרא כ"ז שאינו מחזיר לו מיד וכו' נ"ב ע"ל סי' פ"ב סי"א ונ"ל מחלת לי בקנין ·

עוד שם בש"ך ונ"ע דלקמן סי' רמ"א וכו' כתב הב"ח דה"ר ישעיה ס"ל וכו' ודבריו תמוהים דהא לא קי"ל בב"ש וכו' עכ"ל נ"ב עיין בתשו' ברס שלמה יו"ד סי' י"א די"ב ע"א וע"ל סי' ס"ז בב"ח וסי' ק"ח סי"א ועיין בכנה"ג כללי המיגו בסי' פ"ב ס"ק ז"ן עש"ב ועיין מה שכתבתי אנכי בעניי בספרי הקטן בן יאיר בדרוש של שבת הגדול עש"ב ·

שם בסמ"ע סקכ"א והיינו דוקא בדלא נקט סמוכו' עדין שט"ח וכו' עכ"ל נ"ב עיין בא"ה סי' ק"ה ס"ה וסי' ל"ו ס"ב ובב"ח שם ועיין משכנות הרועים אות מ' דקע"ה ע"ב ·

סי' י"ד בש"ך סקיו"ד חייב לפרוע לו וכו' נ"ב עיין בש"ך סי' ק"ו סק"ב ·

סי' ט"ו ס"ב היו לפניו דינים הרבה וכו' נ"ב אי מקדימין כהן ללוי ולוי לישראל עיין חק"ל ח"מ סי' ח' ·

שם ס"ד במורם ויכול אפילו להשביעו וכו' נ"ב ע"ל במורם סי' פ"ז ס"ך

שם בסמ"ע סקט"ו בסופו וכן כתב מרשב"א סי' אלף קמ"ו רמ"ד עכ"ל נ"ב עיין בתשו' עדות ביהוסף שאמון סי' כ"ט עש"ב ·

סי' ט"ז עיין בסמ"ע סקי"ב מי שבנגדו חייב ונ"ע הא כתב מרא"ש בתשו' כלל ז' סי' כ' שכן הוא עיקר וכו' עכ"ל נ"ב כאן חסר ובכ"ל דבשנותנים חרם אחר עדות אין החרם חל על הקרובים ואין צריכים להעיד וגם יש לתמוה על מור"ס דלקמן סי' כ"ח ס"ב הביאו וכתב שכן הוא עיקר וכו' בכ"ל ·

סי' כ"ב עיין בש"ך סקט"ז בד"ה אם קנו מידו וכו' ונורם ונשבע בוו"ן בהרמב"ם

וכו' עכ"ל נ"ב ר"ל דאי מוקמינן לה בב"ד גרסינן ונשבע אבל בילא חוץ לב"ד לא בעינן עד שישבע אלא גרסינן נשבע דהוי ריבותא עפי כן מוכח בהרא"ש שם ·

סי' כ"ד ס"א בהגה שאינו רוצה שישבע לו עכשיו רק בשירצה עכ"ל נ"ב עיין בסי' פ"ז בכנה"ג הגהב"י אות ס"ד יע"ש

סי' כ"ה בש"ך סקכ"א ועוד דעד כאן ל"א הלכה בבתראי וכו' עכ"ל נ"ב עיין בתשו' מוהר"ס כן מביא הוכחה בגו"ר ח"מ כלל סי' יו"ד ע"ע מאי דפליג הש"ך על מסר"ס אלשיך סי' קכ"ו סקק"ס יע"ש ועיין לעיל מה שכתבתי בסי' זה ע"ש בדף

סי' כ"ח ס"א כל מי שיודע עדות לחבירו וכו' ויש לחבירו תועלת בעדותו וכו' עכ"ל נ"ב עיין להרב חק"ל ח"מ סי' י"ד שכתב דהאידנא דתקון רבנן שבועת היסת אין לחבירו תועלה בעדותו ואף דקי"ל דבשל תורה בעי נק"ח ובהיסת לא בעי נק"ח וי"ל דעל ידי נק"ח היה פורש מן השבועה מלבד שאין טעם לזה שאין הנק"ח כי אם כמו איום ושנשבע לשקר אין הנק"ח מפרישו עכ"ל ועיין ברי"ו במשרים נ"א ח"ה שהביא משם הרי"ף בתשו' שכתב וז"ל כופר בכל שהשביעוהו ש"ה בלא נק"ח ושביא התובע עד אחד משביעין אותו שנית באנקוטי חפצא עכ"ל הרי בהדיא דאף אם בבר נשבע בלא נק"ח חוזרין ומשביעין ולא נימא כיון דחשיד אהא חשיד גם אהא וא"ב שפיר איכא תועלת בעדות עד אחד דהגם שכבר נשבע חוזרין ומשביעין אותו שנית וק"ל ועיין בתשו' שבות יעקב ח"א סי' קמ"ו במי שקבלו עליהם קרוב ובבשר את עדותו ע"ש :

שם בש"ך סק"ב בסופו דאי תפס לא מפקינן מיניה עכ"ל נ"ב עיין בש"ע יו"ד סי' קס"א ס"ג ·

סי' ל"ב ס"ז ושא דנאמן לומר משטה דוקא שלא תבעו בשעת מיתה וכו' נ"ב עיין מ"ש לעיל דל"ו ע"א יע"ש :

שם בטור סי' ע' כתב בעל המאור וכו' נ"ב עיין מ"ש לעיל דל"ז ע"ג :

סי' ל"ג ס"ב במורם ונ"מ לענין עידי קדושין וכו' עכ"ל נ"ב עיין סימן ל"ד סעיף כ"ג ודוק :

שם סעיף א' ולא לאביה ולא לאמה וכו' עכ"ל נ"ב וה"ה לאבי אביה דהו"ל ראשון בשני כן כתב ב"י ודלא בבסמ"ע ודוק ·

סי' ל"ד ס"ה העובר על השבועה וביטוי פסול וכו' נ"ב ע"ל סי' פ"ז סי"ו ושל"ד ובש"ך שם סק"ב :

שם אבל בשבועה דלהבא כגון שלא אוכל וכו' נ"ב ר"ל אפילו כגון וכו' כן כתב הסמ"ע סי' ל"ב :

סי' מ' ס"א או שכתב לו בשטר וכו' נ"ב עיין עבודת הגרשוני סי' קי"ז ·

שם אעפ"י ששניהם מודים וכו' נ"ב עיין בתשו' למהר"ש נאון בס' מ"ש סי' ט' ·

סי' מ"ב ס"ח בהגה דלא ביש חולקין וכו' עכ"ל נ"ב עיין בתשו' פ"מ ח"ב סי' ע"ב ·

סי׳ מ״ו ס״ח מקויימין השטר וכו׳ נ״ב עיין תשו׳ הרא״ש שהביא הטור סימן ק״י ובב״י שם עש״ב ודוק׳

שם בש״ך סקכ״א בד״ה אבל מ״מ ומ״ש הריב״ש סי׳ שפ״ב וכו׳ נ״ב זה שייך לסוף ס״ק ן׳׳

סי׳ ז׳ בש״ך סק״ח כ״כ בתשו׳ מוהרא״ש סימן קכ״ב וכו׳ נ״ב עיין מהרשד״ם סי׳ ל״ח וך׳ ותשו׳ מהרימ״ט ח״מ סי׳ כ״ג׳

סי׳ נ״ו ס״ז ויודעים שהיו לבעה״ב נכסים של אחרים וכו׳ נ״ב לאו דוקא פקדון אלא שה״ה שיש עליו חוב לאחרים מהר״ם אלשיך בתשו׳ סי׳ קל״מ״ז א״ב סי׳ ה׳ פ״מ ח״ב סי׳ קל״ב ע״ש

שם בסוף הסעיף מסומנו במינו עכ״ל נ״ב עיין סי׳ נ״ט ס״א ובש״ך ס״ק ס״ו

סי׳ נ״ח ס״א בסופו חייב השליח לפרוע למשלח עכ״ל נ״ב ואפילו אמר השליח ללוה השבע לי שאינך חייב לו כלום אינו יכול דאין נשבעין על טענת ספק אבל אם ירצה יחרים סתם ואם יודה ישלם ולא מלי אמר הלוה מפייסנא ליה בוינא דלחייב לא אמרינן הרב מוהר״ם ב״ח בתשו׳ כ״ו ע״ל סס״י ק״ח

סי׳ נ״ט בש״ך סק״ב לשון הטור צריך להחזיר לו שטרו ואין לו עליו אלא חרם סתם וכו׳ נ״ב עיין בתשו׳ מוהר״ם אלשיך סי׳ כ״א ומ״ש עליו הש״ך לקמן סי׳ קכ״א סקל״א

סי׳ ס׳ ס״א בסופו וכן אם נתן כל נכסיו וכו׳ עכ״ל נ״ב עיין בתשו׳ אבקת רוכל סי׳ ע״ז דבמתנה להפקיע כתובת האשה הוי מילתא דלא שכיחא וליח בה ת״ה אע״ג דשייר ע״ש

שם ס״ב בסופו והכי נקטינן עכ״ל נ״ב עיין בתשו׳ מהר״א ששון סי׳ קי״א דבמתנה לא קנה׳

שם מור״ס ס״ו דכל האומר נתתי לפ׳ וכו׳ נ״ב עיין בתשו׳ זרע אברהם ח״מ דמ״ט ע״א וכ׳

שם ס״ט דאוכן הלוה מנה וכו׳ נ״ב עיין תשו׳ הריב״ש סימן ד״ן ותשובת פ״מ ח״ב סוס״י פ״א יע״ש׳

סי׳ ס״א ס״ח בהגה ואע״ג דכתב וכו׳ נ״ב ע״ל סימן י״ב סי״ט ועיין בבית יוסף סימן קי״ג ס״ד בשם בעה״ת׳

סי׳ ס״ו ס״ו וכן שטר של כתיבה וכו׳ נ״ב בין כת״י של ישראל בין כת״י של גוי עיין בתשו׳ מהרי״ט ח״מ סימן נ״ה דק״ס ע״ד

שם סל״ד ואם הוליא הלוה שובר שבשטר זה פרוע או שמחל לו המלוה וכו׳ נ״ב ונראה דה״ה בנמלא שהאריך לו זמן או שזמן הפרעון הוא יותר ארוך דכ״ז מקח טעות וע״ל סכ״ד ובש״ך סקפ״ג ודלא כמה שיש לדייק מתשו׳ הרב מ״ן ח״ב סי׳ מ״ע יע״ש כמה שתירץ לקו׳ מהרש״ך בדין במלא עני ודוק:

סי׳ ס״ז ס״א אין שמיטת כספים נוהגת מן התורה אלא בזמן שהיובל נוהג שיש שם שמיטת קרקע וכו׳ עכ״ל נ״ב זה הוא לשון הרמב״ם בהלכות שמיטה פ״ט דין כ׳ וכתב מרן בכ״מ ונראה מדברי רבינו שמפרש שמ״ש בזמן שאתה משמט קרקע אתה משמט כספים ליובל קרי שמיטת קרקע שהרי שדות חוזרות לבעלים ביובל וכמ״ש בספ״י אבל שמיטת קרקע אף בזמן הזה נוהגת מן התורה עכ״ל וכן כתב מרן בפ״ד מהל׳ אלו עמ״ש רבינו ונוהגת בין בפני הבית בין שלא בפני הבית וז״ל ונראה שהוא סובר דאף שלא בפני הבית נוהגת מן התורה אבל קשה וכו׳ ועוד דהיאך דפרוזבול וכו׳ לפיכך נ״ל דלעולם כרבינו ס״ל ולא קשה שהוא ז״ל מפרש הא דאמר רבינו בב׳ שמיטות הכתוב מדבר לאו אשמיטת קרקע בשביעית קאמר דהיא לעולם נהגה אף שלא בפני הבית אלא ליובל קרי שמיטת קרקע שהרי השדות חוזרות עכ״ל׳ והגר״ח והרב בעל משנה למלך ז״ל תמהו על מרן ז״ל מהאי דאמרינן במועד קטן ד״ב אמר אביי בשביעית בזמן הזה ורבי היא ומשמע בהדיא דרבי אף בחרישה וזריעה קאמר דהוי דרבנן ברמוכח התם והרב משנה למלך סיים בסוף לשונו ואם כן הדרא קושיא לדוכתא דרבינו מוכח שטרא לבי תרי דגבי פרוזבול פסק כרבי וגבי חרישה וזריעה דשביעית פסק כרבנן עכ״ל והרב מגדנות נתן כתב ומיהו לזה לענ״ד דלא קשיא דרבינו סובר כרש״י שם דפירש גבי הא דאמר רבא הפקר בית דין הפקר דהשתא מיתרלא קושיא קמייתא ואתי פרוזבול אפילו כרבנן דפליגי עכ״ל וליתא דהא רבינו בפ״ט דין י״ו כתב אבל שמיטה של תורה אין הפרוזבול בה והשיג עליו הראב״ד דאביי הוא דאמר הכי אבל רבא פליג עליה ואמר הפקר בית דין הפקר והולכך נוהג בכל זמן ומרן ז״ל כתב דהראב״ד סובר כרש״י דשינוייא דרבא קאי נמי לתאי דאקשינן ברישא ומי איכא מידי דמדאורייתא משמט וכו׳ אבל רבינו נראה שמפרש כפירוש התוס׳ דלא קאי אלא למי איכא מידי דמדאורייתא וכו׳ אבל קושיא קמייתא דמי איכא דמדאורייתא לא מיתרלא אלא כדאביי עכ״ל הרי בפירוש דרבינו סובר כפי׳ התוספות וזה ברור׳

ומה שכתב מרן בסוף לשונו אבל קו׳ קמייתא לא מיתרלא אלא כדאביי ראיתי לבעל שדה הארץ בתשובה יו״ד סימן כ״ז שכתב עליו וז״ל וקשה לענ״ד דהלא אפילו לאביי לא מיתרלא קו׳ קמייתא אלא קושיא שנים לאחר דשלא שמקשה בקשה ומי איכא מידי דמדאורייתא משמט וכו׳ ואם כן מאי מתרץ אביי שב ואל תעשה שאני הלא קום עשה הוא דמדאורייתא משמט ותקן הלל דלא משמט ובקום עשה יגבה המלוה ועקר לה בידים אבל לקו׳ שנית מתרץ שפיר דמד״ת אינו משמט ותקינו רבנן דתשמט דהוי שב ואל תעשה וכפרש״י ודברי מרן צל״ע אם אין בהם טעות עכ״ל ואחרי המחילה רבה הוא טעה בזה דכונת מרן ברורה כשמש דלא מיתרלא אלא כדאביי שתירץ שביעית בזמן הזה דרבנן ורבי היא ודלא כמו שהבין הרב ז״ל דקאי על תירוץ שני של אביי דתירץ שב ואל תעשה שאני אלא בתירולא קמא שתירץ שביעית בזמן הזה דרבנן וזה פשוט ואין לריך לפנים ודוק׳

והנה על מה שכתב מרן ז״ל דרבינו מפרש שמה שאמרו שם בזמן שאתה משמט קרקע ליובל קרי שמיטת קרקע שהשדות חוזרות לבעלים ראיתי להרב גידולי תרומה דר״ד שכתב וז״ל וגם פירושו ז״ל דשמיטת קרקע קרי ליובל אינו מהקברח

מההכרח להבין כן בדברי הרמב"ם ז"ל עכ"ל:
ואנכי איש צעיר אחרי נשיקת הרצפה אלף פעמים שיחתו איני מכיר דהא בפירוש כתב מרן וכמ"ש בסוף פרק י"ד והנה שם דין י"ג כתב רבינו שלשה דברים מעכבים ביובל תקיעה ושלוח עבדים והחזרת שדות לבעלים וזו היא שמיטת קרקע ע"כ וגם שם דין י"ו כתב ויתר יובל על השביעית שהיובל מוציא עבדים ומשמט קרקע וזהו דין מכירת שדות האמורות בתורה והיא מצות עשה שנאמר גאולה תהיה לו עכ"ל הרי בפירושא אמר דליובל קרי ליה רבינו שמיטת קרקע דהא ודאי ליכא דרבינו יתר הוא וכי לא ידעינן מהו חזרת שדות שהוצרך לפרש שזו היא שמיטת קרקע אלא ודאי שכונתו לומר שהשמטת קרקע האמורה בכל מקום הוא היובל וזה אצלי ברור ודברי הרב גדולי תרומה צריכים תלמוד:

וראיתי לבעל טורת כסף בפרשת בהר דקל"ח ע"ד שהקשה עמ"ש מרן ז"ל בפ"ד על מה שכתב רבינו ונוהגת בין בפני הבית בין שלא בפני הבית כתב מרן בתוך לשונו ואי הוה אמרינן שמ"ש כאן ונוהגת אף שלא בפני הבית מדבריהם הוא ניחא וכתב עליו הרב טורת כסף ול"ע איך הוא ניחא הלא בסוף פ"ו מהלכות בית הבחירה כתב רבינו דשביעית בארץ נוהגת אף שלא בפני הבית מדבר תורה עכ"ל ולא ידעתי היכן מצא מציאה זו ולענ"ד איפכא מסתברא דבלא כתב שם רבינו וחייב משמע דחד דינא אית להו ובפ"א מהלכות תרומות פסק רבינו דתרומה נוהגת מדבריהם אם כן גם שביעית בארץ אינה נוהגת אלא מדבריהם וכן מצאתי תנא דמסייע לי הרב מוהרי"ע בספר לחם יהודה ד"ע שכתב שם וז"ל ומכאן יש עוד קצת הוכחה דרבינו ס"ל דגם שביעית אינו אלא מדבריהם דהא כללה סוף פ"ו מהלכות בית הבחירה בהדי תרומות ומעשרות ודלא כמרן בכסף משנה שפ"א מהלכות תרומות בד"ה ומה שכתב הראב"ד וכו' לשביעית בזמן הזה דאורייתא ולתרומה דרבנן דליתא עכ"ל הרי ברור דהכין ממאי דכללה רבינו בסוף פ"ו דבית הבחירה משמע דס"ל דהיא מדבריהם וזה פשוט לע"ד ודברי הרב טורת כסף צל"ע:

והרב מוהרדב"ז ז"ל בספר יקר תפארת אשר לו בפ"ד דין כ"ט כתב וז"ל אבל מדברי הרמב"ם נראה שפסק כרבנן דאמרי שביעית בזמן הזה דאורייתא שהרי כתב סתם ולא חילק כאשר עשה בפ"א מהלכות תרומות לענין תרומות ומעשרות וכן כתב גם כן בפ"ט מהלכות אלו וז"ל ואין הפרוזבול מועיל אלא בשמיטת כספים שהיא מדברי סופרים אבל שמיטה של תורה אין הפרוזבול מועיל בה ע"כ משמע דאפילו בזמן הזה השמיטה היא של תורה עכ"ל · ואנא בריה קלה דעת הדיוט לא הבינותי הכרח זה דפ"ט דאיך מוכח מדברי רבינו דשביעית בזמן הזה היא דאורייתא דהא ודאי פירוש דברי רבינו דהיינו בזמן שבית המקדש קיים דאז הוי שמיטה מן התורה לא מועיל פרוזבול אלא הא דתקין לזמן הזה הוא דתקין וכמו שתירץ אביי בשבי' בזמן הזה דרבנן משמע דבזמן שבית המקדש קיים לא מועיל פרוזבול וזהו דרך רבינו לפסוק אף דינים דלא נהוגי בזמן הזה וכן כתב הרדב"ז בפ"ט שם וז"ל ופסק רבינו כאביי משום דקושטא דמלתא קי"ל דשביעית בזמן הזה דרבנן משמע דדוקא בזמן הזה הויא דרבנן ומה שהכריח מדפשט ולא חילק אי מהא לא איריא דהא כללה רבינו לשביעית בהדי תרומות בסוף פ"ו דבית הבחירה וכיון שכתב בהלכות תרומות דהויא מדבריהם הכא נמי כן וסמך אדהתם ודוק·

והנה הרב ידי אליהו בסימן ק"ט הקשה לדברי מרן דבפ"ד שכתב דרבינו פסק כרבי דאיך פסק כיחיד לגבי רבים דהלכה כרבי מחבירו ולא מחביריו והכא רבנן פליגי עליה עכ"ד ובעל שדה הארץ שם בתשובה כנז' הביא לשון הירושלמי בפרק השולח דאמרי שם דתנא דפליג עליה דרבי הוא כרבי יוסי וכיון שכן הדרן לכללין דהלכה כרבי מחבירו ע"ש שהאריך · ואחרי המחילה רבה אכתי קושיא במקומה עומדת והוא עמ"ש בהליכות עולם שער ה' דפ"ו ע"ב וז"ל רב ורבי יוסי הלכה כרבי יוסי וכתב עליו מרן ז"ל בכללי הגמרא וליתא דלא אמרינן הלכה כרב אלא מחבירו ולא מרבו ור"י קודם לרב הוא ושוה ליה רבו ע"כ משמע דס"ל דפסקינן כרבי יוסי לגבי רב ואם כן הדרא קושיא לדוכתא דאיך פסק מרן כרבי לגבי רבי יוסי והוא סותר את עצמו וצ"ע:

עוד כתב רבינו בפ"ד דין כ"ה כלל שעקרו בשביעית וכו' על מה שכתב הראב"ד ועל מה שכתב מרן ז"ל וז"ל וי"ל לדעת רבינו דבש"ס דילן לא אוקמוה לה כמדוכנין אלא כדרך דילמא ועוד דבירושלמי וכו' ע"ש כונת מרן דמעיקרא אפילו תימא דבירושלמי פליג אש"ס דידן מ"מ הש"ס דידן עיקר דלא קאמר לה אלא כדרך דילמא אבל מסקנא דמילתא כדקאמר רבינו כוותיה ומטעמיה ועוד דהירושלמי גופיה אין ממנו שום ראיה דבאמת מתחילה ר"א קאמר להו אפילו שלא כמדוכנין אלא שאחר כך חזר וחש לדרבי אילא ור"א ומכל מקום תלמודא דידן עיקר ואפילו בירושלמי אין ממנו ראיה דהא חזינן דרבי זעירא שרי וזהו כונת מרן ז"ל:
והוצרכתי לזה לפי שראיתי להרב בירך יצחק בפרשת בהר שכתב על דברי מרן ולא ידעתי למאי אצטריך ליה למרן לסיועי מהירושלמי כיון שדבריו הם ת"ע כדינו עכ"ל ואחרי בו"ק איני רואה שום תפיסה על מרן ז"ל דודאי ידע לה מרן ז"ל דהרי כתב גם כן בסוף דבריו ומאחר דש"ס דידן שרי ואין כונתו לסיועי מהירושלמי אלא לומר דאף מהירושלמי משמע דרבי זעירא אפילו בשאינן מדוכנין קאמר ובירושלמי עצמו היכא פלוגתא בזה וא"כ מה השיג הראב"ד על רבינו כיון דבירושלמי עצמו במחלוקת היא שנויה אבל ודאי דש"ס דידן קאמר בהדיא דלא בעי מדוכנין כדינו של רבינו וכטעמיה וק"ל:

שם בס"נ מי שיש לו עיסקא וכו' עכ"ל נ"ב עיין בתשובות הרדב"ז ח"א סימן רו"ד

סי' ס"ח בש"ך סק"ג ושט"א וכו' ול"ע דהא הפוסקים וכו' נ"ב עיין תשו' בעי חיי שניות דח"מ סי' ע"ט דע"ז ע"ב·

סי' ע' ס"ה במורם אבל אם קבל קנין וכו' דהוי כשטר וכו' נ"ב וכן נראה דעת מרן בסי' פ"ז סל"א וסימן פ"ח סל"ג·

שם ס"ג א"ל אל תפרעני וכו' כיון שאמר לו וכו' כ"כ דא"ל קיים כן כתב הש"ך סי' ע"ג סק"ה דלא כהסמ"ע שם סק"ז ועיין ש"ך סימן זה סקט"ו ·

סי' ע"ב סי"ב אמר הלוה סלע הלויתני וכו' והמלוה אומר איני יודע כמה היה שוה ישבע המלוה וכו' עכ"ל כ"כ עיין לקמן סימן ע"ג בסמ"ע סקמ"ב ובש"ך סקמ"ג לענין אם פשע בו בידים וטוען שאינו יודע יע"ש ·

שם סעיף י"ז אם לא נאבד וכו' נאמן לומר שהלוהו עליו עד כדי דמיו בשבועה עכ"ל כ"כ עיין להבית יוסף מ"ש בשם הרב המגיד · וראיתי להרב משנה למלך שם שכתב וז"ל ויש מן התימא בדברי רבינו דאי ליכא עידי ראיה הא מהימן אפילו בעדים מגו דהחזרתי ואי דאיכא עידי ראיה אפילו בשבועה אינו נוטל כיון דלית ליה מגו דהא איכא עדים וראיה ע"כ והארי כנע"ר לא הבנתי דבריו דהא שפיר איכא למימר דאיכא עדים וראיה ואפ"ה כיון דלא ידעי העדים על כמה יכול הוא לישבע וליטול עד כדי דמיו וכן ראיתי להש"ך בסימן זה סקס"ח וק"ט יע"ש :

שוב דקדקתי וראיתי דאדרבא דברי הש"ך אינם מובנים דהא כיון דאיכא עדים וראיה הוי דמויא ממש לדברים העשוים להשאיל ולהשכיר ואיכא ראיה דקי"ל דהלוה נשבע היסת ונוטל המשכון ומ"ש הש"ך סימן ק"ט דאי מיירי דליכא עידי ראיה דיש לו מגו דהחזרתי מאי אולמיה דיש פדים מאין עדים דילמא התם גופיה כיון דאית ליה מגו נאמן בהיסת במגו דהחזרתי אלא ודאי דאיכא עידי ראיה עכ"פ אחרי נשיקת רגליו הוא מכריח הדבר מעצמו והיקשי ליה לגופיה וליטעמיך אי איכא עידי ראיה מי ניחא והא לית ליה מגו והא קי"ל היכא דלית ליה מגו הלוה נשבע ולעיקר הקושיא כבר יישב הסמ"ע דמיירי בדליכא עידי ראיה ואפילו אינו נאמן בהיסת דהוי מגו גרוע עיין סקמ"ח ומ"ש עליו הש"ך לא ידענא מאי קאמר למה ניחא ליה טפי לטעון כך וכך הלויתי עליו מלטעון החזרתי הנה דבכל דוכתא זה הוי מגו מעלייא עכ"ל אפשר ליישב דבשלמא באומר לו כך וכך הלויתי עליו אפשר שהוא חושבו לשוכח ולא הוי העזה כל כך משא"כ בהחזרתי דאי אפשר לומר כן ובכה"ג נוהג כתבו התוס' בפ' הגוזל דק"ז בד"ה עירוב פרשיות וז"ל דההוא נמי להו מיגו הוא דניחא ליה למימר טפי שכרתיך ונתתי לך שכרך דחושבו טועה משום דטריד בפועליו ולא כמשקר במזיד ממאי דנימא ליה לא שכרתיך מעולם עכ"ל והכא נמי נימא הכי דניחא ליה למימר כך הלויתי עליו דנימא דשכח מלומר החזרתי דמשקר בודאי ודוק ·

שם סט"ו אבל בזמן שהלוה נשבע כמה שוה וכו' הקשה הגר"ת ומביאו הש"ך ס"ק דאם אינו יודע כמה שוה א"כ אין זה דבר שוה ומצוי בשוק ואם הוא דבר שוה ומצוי בשוק בטלה מחלו' דפוק חזי כמה שוה בלא שבועה עכ"ל ע"ש ונלע"ד לתרץ בפשיטות דמשכחת לה ששכין אלו חתיכת זהב שמשמין הוא מצוי בשוק ושומתו ידועה כמה שוה אך פליגי במשקלה שזה אומר כך וכך וזה אומר וכך וכך בזה היה צריך הלוה לישבע שהיה שוה כו"כ אף דהדבר מצוי וידוע שומתו ובכה"ג צריך המלוה לישבע שאינו ברשותו שמא ישבע הלה שמשקלו כך וכך ויוציא שלה וכחישנו שהיה משקלו פחות ממה שנשבע ודוק כי הם דברים ברורים לפי ע"ד דמשכחת לה בכל הדברים שמצויים לקנות והם ידועים ללוה ופלוגתייהו במשקלם ומה שתירץ הש"ך שם דיש במינו בשוק שוה ש' דינרים ויש חשוב ממינו בב' סלעים וכדברי הלוה ע"ש מל' הרמב"ם רפ"ו דשאלה שכתב כגון פירות או יריעות של צמר השוות בכל ענייניהם ע"ש מ"ש דבשאמרינן מינו שוה היינו שוה ממש ודלא כהש"ך דבכה"ג לא הוי שוה כנ"ל אבל לפמ"ש א"ש דמשכחת לה בפירות ויריעות השוין ממש וכי פליגי בשיעורין ונשבע כמה שוה היינו דר"ל כמה היה משקלו שהוא שוה כך וה"ה בחתיכה של זהב הדבר כן דהוי כמו פירות וק"ל

שם בש"ך סק"ן מ"ש על דברי הרא"ש כמה שתי' על דברי מהר"י בן מיגאש ולע"ד דעת הדיוט דברי הרא"ש ז"ל ברורים ולא קשיא ליה מכל מה שהקשה עליו הש"ך והוא כי כונת הרא"ש ז"ל לתרץ דמאי דלא דמי לבית מלא מסרתי לך שוא משום דהתם שנשבע אינו מודה בשום דבר שאם כופר בכל הוי דהא הוא אומר לו בית מלא מסרתי לך והלה אומר ע"ז לא נתתי אלא לבי אם הוא מלא אם לאו ועוד כגון דרגילי אינשי לקרות בית מלא אעפ"י שאינו מלא כ"כ ובשביל כך לא נתתי אלא לבי לראות כיון שבשעה שמסרתי לי לא היתה הטענה כ"כ ברורה דרגילי אינשי לקרות בית מלא אעפ"י שאינו מלא כ"כ אבל זה אני יודע בבירור דמה שהכנסת אתה נוטל וא"כ זה טוען חסרון הפירות וזה כופר בהם ואין כאן הודאה כלום אבל הכא שאומר שאני יודע שיש בו יותר מסלע מסתמא אין בהודאתו פחות משוה פרוטה דמסתמא דכל פחות שבממון היינו שוה פרוטה ולא יותר וא"כ הו"ל הודאה בפרוטה וכפירה בשארית דהיינו שתי כסף וזהו נראה כונת ביאור דברי הרא"ש ז"ל ומעתה מ"ש הש"ך בנר' מדבריו ע"מ שהקשה שהכנסת אתה נוטל אינו מודה אף בפרוטה לפי שאף בפחות מש"פ קרויין פירות ליתא לע"ד דאין כן כונת דבריו אלא דמ"ש דהתם שאני דכמה שטוענו דהיינו בחסרון הפירות לא הודה כלל · אבל אם אמר פירות סתם ולא הודה ש"פ אין בהודאתו משמעות של ש"פ שאף בפחות מש"פ קרויין פירות זה אינו מענין תירוצו כלל אלא שכונתו לומר דאיכא דהודה בש"פ פירות מקרי משאיל"מ ואם אמר פירות סתם אינו כשוה זה אבל אינו שייך להא דבית מלא :

גם מ"ש הרב ש"ך וגם בבית שכתב וגם אין הטענה ברורה וכו' הא קי"ל כרבא דאפילו אמר ברי וכו' ליתא דמ"ש הרא"ש גם הטענה אינה כ"כ ברורה אינם מדברי הרא"ש אלא הם דברי הנפקד שאומר שאני לא דקדקתי בדבר וגם טעמו שבבית אינם מלא אין טענתך חזקה שרגילי אינשי וכו' וא"כ אפילו שאתה טוען ברי אכתי חסרון הפירות שטענו לא הודה לו גם מ"ש הש"ך וגם פשטא דמתני' מי לא עסקינן בפירות חשובים כגון אתרוגים שאפילו פרי אחת שו"פ דכשמשיבו היו בו פירות ואינו יודע כמה הם ודאי הודה בשו"פ ע"כ

גם

גם בזה אזיל לשיטתיה שהבין בדברי הרא"ש וכבר כתבתי שאין כן כונת הרא"ש אלא אף שיודה בפירות של אחר מנה מ"מ הוא טענו על חסרון הפירות וזה כופר בהם ומה שהודה בו זה לא מיקרי הודאה כלל כיון שלא טען עליו אלא בחסרון הפירות דוקא ואם כיון הרב על סוף דברי הרא"ש שכתב דסתם פירות אין במשמען שוה פרוטה הא ודאי ליתא דמודה הרא"ש היכא שמודה בפירות שיש בהם שוה פרוטה הרי יש במשמעות הודאתו שוה פרוטה וזה אינו נכנס בסוג שכתבו הרא"ש אלא הרי זה דומה במי שאו' לו יודע אני שיש בהם שוה פרוטה אבל איני יודע אם שוים יותר דזה יש בו שבועה כמו שכתב הרא"ש גופיה ·

גם מ"ש ועוד דהא קתני במתני' כיס מלא מעות מסרתי לך והלה אומר איני יודע מה שהנחת אתה נוטל פטור דאף שמודה לו שהיה בו ודאי מעות כגון דינרים וכיוצא פטור והכי מוכח נמי בתוספתא דקתני עשר מנורות וכו' ומנורות וכוסות ודאי יש באחת מהן שוה פרוטה וכו' עכ"ל כל זה אחרי כע"ר לא קשייא מידי על הרא"ש דגם בזה על חסרון שטענו לא הודה לו ומה שמודה במעות ומנורה לאו הודאה היא וכמ"ש הרא"ש להדיא וז"ל אני יודע בודאי דכמו שהנחת אתה נוטל הילכך אין כאן הודאה כלום כיון שלא טען ולא השיב דבר שבמשקל ומנין שהרי לא טען עליו אלא חסרון פירותיו והלה אומר שלא חסרו ע"כ וא"כ מעתה כל מה שהביא הש"ך נתיישבו בדברי הרא"ש שכיון שאינו טוען עליו אלא מה שחסרו והלה אומר שלא חסרו א"כ ההודאה שמודה אפילו במאה מנה אינו הודאה של כלום כיון דעל מה שטענו לא הודה לו וזהו מה שנראה לי בכונת הרא"ש אחרי נשיקת עפרות רגלי הש"ך ודוק :

שם סקכ"א משאיל"ת וכו' לכאו' נר' דדוקא התם בפקדון ס"ל כהראב"ד דלא הוה ליה למידע אבל מלוה על המשכון היה לו לידע דסתם מלוה מדקדק כמה שוה בשביל הלוואתו וכה"ג מחלק בתשו' מבי"ט ח"ג סימן קל"ג וכתב דהשואל מחבירו טבעת שיש בו אבן טוב ואבדה לא אמרינן דהוי מתוך שאינו יכול לישבע דלא הוה ליה למידע ומ"ש הב"י בשם תשו' הרשב"א היינו במלוה שהלוה עליה והוה ליה לידע כמה שוה עכ"ד גם כן אחרי כע"ר לא כתב כן המבי"ט ז"ל בשואל אלא במי שלקח טבעת להראותה לבקיאים דבזה אמרינן דלא הוה ליה למידע דכה"ג אפילו שומר שכר לא הוי וא"כ דבשואל דחייב באונסין מודה המבי"ט דאמרינן דהוה ליה לידע דאי לא תימא הכי תיקשי לדברי המבי"ט מה שכתב הרשב"א בתשובה הביאה מרן הב"י סימן זה מתו"ה אמרינן משאיל"ת אלא ודאי דבשואל מודה המבי"ט ובמלוה על המשכון אף שהוא מ"מ אמרינן משאיל"ת כיון שהלוה עליה אמרינן הוה ליה למידע והפשר לע"ד דאפילו למאן דאמר דבמלוה מ"מ כיון שהלוה עליה אמרינן היה לו לידע זהו דעת המבי"ט וק"ל ועיין להמש"ל ודוק ·

שם בסעיף ק"א בסופו ע"ש נ"ב עיין סי' ק"ט בש"ך בסק"א וע"ש בטורי זהב ·

שם בש"ע סק"ב אם המלוה כופר במשכון וכו' נ"ב נראה דדוקא במלוה על פה דאית ליה מיגו דפרעתי אבל במלוה בשטר דלית ליה מיגו והמלוה כופר במשכון נשבע המלוה ונוטל כן משמע מתשו' רשב"ש סי' קכ"ד וע"ל סי' ע"ה ס"ט וי"ג עיין שם ·

שם באותו סעיף והלוה ישבע היסת שהוא תופס משלו כנגד חובו וכו' נ"ב נ"ל אם היה משכונו כנגד חובו ;

שם ס"ל בסופו ישבע לוי שאינו ברשותו וכו' עכ"ל נ"ב עיין בב"מ פ"א דשכירות דאם נעשה לוי חשוד או עני לא יע"ש :

סי' ע"ג ס"ח בהגה מ"מ חייב לשלם מכח שבועתו וכו' נ"ב עיין בט"ז מ"ש עליו בזה ע"ש בסוף הסעיף והוא תמוה אי מלר וכו' עכ"ל ונ"ל דהסמ"ע איירי בכגון שחייב עצמו דרך הסמכתא שאינו חייב כי אם מלר השבועה וק"ל :

שם ס"ט חייב לפרוע ביום החדש הראשון נ"ב ובחדש אדר הראשון עיין סי' מ"ב סכ"ח ·

שם סי"ד מי שיש לו שטר על חבירו וכו' עיין בסמ"ע סק"ל ונראה דדוקא נקט שיש בידו שטר וכו' נ"ב עיין תשובת מוהר"ם גאלנטי סי' מ"ה ובכנה"ג הגב"י אות ל"ח :

שם במור"ם ומזה נשתרבב המנהג וכו' נ"ב לעקל נכסי יתומים קטנים בשולא שט"ח על אביהם עיין תשובת מוהריק"ש סימן ל"ה ועיין בתשו' תומת ישרים סימן קנ"ג ·

שם בש"ך סקל"ב חייב לפרוע וכו' מיהו י"ל דלא דמי לסי' ר"ך וכו' נ"ב עיין בשאלה להרשב"א ח"ב סי' ש"ג ושם מבואר ·

שם בש"ך סקל"ח יכול לתובעו וכו' בשם ספר המקח כתב דאעפ"י וכו' לפי של עצמו של לוה וכו' נ"ב מלוה נ"ל כן נראה מלשון ספר המקח דאין לו להתעכב למוכרן יע"ש ·

סי' ע"ה בש"ך סקמ"ג בסופו דהגוזל בעדים אין צריך להחזיר בעדים וכו' נ"ב וכן פסק מרן בס' בדק הבית סימן ז' אך בסימן שס"א כתב בשם י"א בקרא דצריך יע"ש ולפי זה לדידן הוי ספיקא דדינא ולא הוי מגו בענין מגו במקום מחלוקת ועיין בכנה"ג בכללי מגו אות קע"ט יע"ש בנ"ל ·

שם בש"ע סי"ד בסופו לא מיקרי מחוייב שבועה עכ"ל נ"ב אבל משאי"ל אינו נוטל אף בשבועה דרבנן אמרינן תשובות הרמב"ן סי' כ"ח ותשו' מוהר"י הדרבי סימן פ"ו

שם סי"ט טענו א"י וכו' והלוה אומר אמת לויתי ממך ואיני וכו' נ"ב דוקא הכא דהוה ליה לידע הלוה אבל במקום דלא הוה ליה למידע עיין סימן ל"ה ס"ג בהגה

שם סכ"ב אמר מצאתי כתוב בפנקסו של אבא עכ"ל עיין סי' ל"א ס"ר לענין פנקס ובש"ך ובסמ"ע סקכ"ד יע"ש ובסקכ"ה ובמהריב"ל ח"ב סימן ז' יע"ש

שם סכ"ה אמר הנתבע וכו' עיין בטורי זהב שם בשו"ת ועיין שם מה שהביא דהיא ממ"ש המרדכי והביאו רמ"א סימן רל"ב סי"ח מכר לו טבעת בחזקת זהב וכו' עכ"ל נ"ב עיין שם בש"ך סקי"ג

סקי"ג ועי"ש בסקט"ו מה שכתב בשם תשו' הרשד"ם סי' ס' ועיין קול אליהו ח"ב ח"מ סימן ד'

סי' ע"ז ס"ב שותפים שלוה אחד מהם וכו' כ"כ עיין כרם שלמה דקס"ה וקס"ג ועיין שמא דחיי חו"מ סימן כ'

סי' ע"ח ס"ב אם מת בתוך זמן להרמב"ם אינו צריך שבועה עכ"ל כ"כ עיין לקמן סימן פ"ד בדין עד אחד מעיד פרוע בתוך זמן:

סי' פ"ב ס"ח אם מת המלוה וכו' ויש אומרים שהמלוה נוטל בלא שבועה והכי מסתברא עכ"ל כ"כ עיין בש"ע סימן נ"ב ס"ט דפסק כיש אומרים קמייתא וצ"ע לדינא ועיין בט"ז ונכון ועיין בש"ך שם סקי"ד:

שם בש"ע ס"ט לא היה חשוד וכו' ואין הלוה יכול לומר וכו' כ"כ עיין סימן נ"ב סי"א במור"ם ובסמ"ע שם:

שם סי"א אם טען הלוה תחלת לי חוב ששטר זה וכו' כ"כ עיין לעיל סימן י"ב ס"ח בסמ"ע וש"ך שם ועיין סימן רמ"א ס"ב:

שם בש"ך סקכ"ח ואם הודה המלוה וכו' כדמוכח לעיל סימן מ"ו סל"ז דאין העדים נאמנים לומר אמנה בשכתב ידם יוצא ממקום אחר וכו' כ"כ נראה דצ"ל אפילו כשאין כתב ידם יוצא ודוק ועיין שם בש"ך סקק"ט:

שם סי"ב בסופו נשבע הלוה היסת ונפטר כ"כ ולפמ"ש מרן סימן פ"ז ס"ו יש אומרים בקרא דעד אחד אינו פוטר משבועה צ"ל כמ"ש בכר"ם סימן מ"ו דאין העד מכחיש:

שם בסמ"ע סקמ"ז ואפילו עידי השטר וכו' והרי השטר כשר כשנתקיים שתנאי עכ"ל כ"כ דצ"ל לפרוע:

שם בש"ך סקל"ב שנעשה על תנאי ויותר נראה לפרש דמיירי בתנאי וכו' עכ"ל כ"כ מלשון הטור ומרן אין נראה כן ודוק:

סי' פ"ו בש"ך סק"ז אין בית דין נזקקין וכו' וכתב בית יוסף ומשמע דבשלא הגיע זמן פרעון וכו' כ"כ עיין לקמן סימן קכ"ה ס"ג ודוק ועיין בטורי זהב סימן ק"א ס"ד על דברי ההגה יע"ש:

שם ש"ע ס"ד יש מי שאומר וכו' כ"כ עיין לקמן סימן ק"א ס"ד בהגה ומה שכתב הרב טורי זהב שם וק"ל:

סי' פ"ז ס"א בסופו ואפילו אם יתן לו משכון וכו' לא חשיב הילך עכ"ל כ"כ עיין לעיל סימן ע"ב סכ"ז דאם היה בידם משכון מקודם דהוי הילך ע"ש ·

שם ס"ב תבעו שני כלים וכו' תבעו מאתים וכו' כגון שאותו מנה הוא מעב"ר וכו' כ"כ שנוכה מן הלקוחות בדין שטר וכמו שכתב סי' ע' ס"ו יע"ש משא"כ בכ"י בנאמנות לקמן סימן פ"ח סכ"ט ·

שם ס"ו הודה במקצת ועד אחד מסייעו יש אומרים וכו' ויש אומרים וכו' כ"כ עיין בטורי זהב ס"ל עמ"ש לעיל סימן פ"ב סי"ב ועיין עדות ביהוסף סימן כ"ט דס"ב יעש"ב ·

שם סי"א יש מי שכתב דאי טעין לישתבע לי וכו' כ"כ עיין לעיל סי' פ"ב ס"ט ובסמ"ע שם סק"ל ·

שם בש"ך סק"ל וכן הנשבעים ונוטלים וכו' ולענין מ"ש הרי"ף והרא"ש פרק הכותב וכו' י"ל דאם כן גם בהיסת יאמר שנתבע וכו' עכ"ל כ"כ ר"ל גם אם ירצה להוסיף על הנתבע בהיסת יאמר הנה לא אשבע אלא אתה תשבע בנקיטת חפץ כדינך וטול ועיין סי"ב ובש"ך שם סוף סקל"ד שדין זה מוסכם עיין שם ·

שם סקל"א שבאות על הספק וכו' וכן בבה"ג נראה דכ"ע מודים וכו' כ"כ וכן כתב הרב טורי זהב לקמן אבל מדברי מרן הכסף משנה פ"א דטוען אין נראה כן יע"ש ·

שם בש"ע סי"ג אבל אם הוא מהנשבעים ונפטרים וכו' יכול להפכה וכו' כ"כ עיין לעיל סימן כ"ב ס"ג אם יוכל לחזור בו אחר שהפוך עיין שם ·

שם סי"ב בסופו נפטר הנתבע כ"כ ובחשוד עיין לקמן סימן צ"ב סי"א ובמור"ם ובסמ"ע שם ·

שם סי"ד בשנה וכן אם נשבע שבועה דאורייתא וכו' כ"כ ובשבועה דרבנן יש לחלק בין מי שיש בידו שטר והלה טוען פרעתי לשאר נשבעין ונוטלין עיין לעיל סימן פ"ב ס"ח וסימן צ"ב ס"ט יע"ש ובסי"ג ·

שם בש"ך סקל"ט ס"ד ונודע וכו' ולאו דוקא שבועה דאורייתא אלא ה"ה שבועה דרבנן וכו' כ"כ נראה דהוא הדין בשהנתבע נתחייב היסת והפכה על התובע ונמצא אחר כך שהיה חשוד ודוק ·

שם בש"ע סי"ו בסופו יש אומרים שאינו נפטר וכו' כ"כ עיין בכנה"ג הגב"י אות ל"ה ועיין לעיל סימן ל"ד ס"ה ע"ש ובסי' צ"ב ס"כ ·

שם סכ"ב כל מי שנתחייב שבועה וכו' יש לו להפך וכו' כ"כ עיין לעיל סי"א ובברק שבית שם הביאו הש"ך שם סקל"ב ·

שם סכ"ה כל הטוען וכו' לא יתחייב ממון וכו' עכ"ל כ"כ ואם כשיודה יתחייב עפ"י שבועת התובע עיין לעיל סימן ע"ה בטורי זהב סי"ד ובש"ך סקמ"ז ועיין סימן צ"א ס"ו ובסמ"ע וש"ך שם:

שם בסמ"ע סקע"ב לא יתחייב ממון וכו' אעפ"י שהיה מחוייב שבועה בהודאתו כ"כ אבל חרם סתם מחרימין בבה"ג כדלקמן סכ"ב במור"ם וכן כתב הרב חקרי לב סימן ד' ומה שכתב סמ"ע דגם חרם סתם אין מטילין היינו היכא דליכא שבועה בהודאתו ודוק ועיין בסי' צ"ג ס"ו ·

שם בטורי זהב בסופו ות"ת צ"ל דגם בשבועות וכו' כ"כ ומדברי מרן בכר"ה סי"א על דברי הרמ"ם אין נראה כן ככ"ל וכן כתב הרב חיים שאל ח"ב סימן ל"ח אות כ"ה ועיין לקמן סימן צ"ב סי"א סקל"א ול"ב ·

שם בש"ע סכ"ה כל הטוען וכו' כיצד אמרת ליתן לי מנה וכו' כ"כ עיין לעיל סי' ע"ה דין י"ז וסימן פ"א סוס"י י"ד ועיין לקמן סימן צ"ג סל"ד במור"ם ובש"ך שם ובטורי זהב ועיין סימן נ"ג ס"ט וסימן צ"ד ס"א ·

שם אתה קללת אותי וכו' כ"כ הוא הדין בבית אותי תשו' מהרשד"ם סי' שפ"ד ·

שם בב"י טענה וכו' שאילו הודה היה פטור כ"כ עיין לקמן בטור סי' שמ"ח ס"ח ובסימן א' בסמ"ע סקי"ח ובש"ך שם ·

שם בסמ"ע סקפ"ה נאמן וכו' אבל המרדכי וריב"ו פסקו דנאמן וכו' כ"כ וכן פסק מרן בכסף משנה בפ"ז דטוען כדעת הרמב"ם ע"ש ·

שם סקפ"ו עד שיביא וכו' נאמן וכו' כ"כ וכן משמע מתשו' הרדב"ז בחדשות סימן

שם בש"ע סל"ד במור"ם והוא כופר פטור מן השבועה וכו' כ"כ ואם מחרים על זה חרם סתם אם לאו עיין בחקרי לב ח"מ סי' ד"ן

שם בא"ר וזה אמר שמחל לו וכו' כ"כ עיין בתשו' לחם רב סימן כ' ועיין בתשו' חיים שאל ח"ב סימן ח' ·

שם בש"ע סל"ה בסופו טובת הנאה וכו' כ"כ עיין לעיל סימן ל"ז ס"ט וסוס"י רע"ו בהגה

שם סל"ה שהטענה מרומה וכו' עכ"ל כ"כ עיין סימן ע"ד בסמ"ע סק"ה ובש"ך סק"ו.

שם סל"ט יש מי שאומר וכו' כ"כ כן כתב בה"ג בני' שלפנינו בריש הלכות שבועה ועיין בתוס' שבועות דמ"ו סע"ב ועיין דברי אמת בקונ' דל"ה ע"כ ·

שם בהגה בסופו פסקי מוהרא"י בפ"ה עכ"ל כ"כ עיין במרדכי פרק הגוזל בתרא סימן עק"כ שהביא פלוגתא בדין זה בין רבינו שמחה ומהר"ם יע"ש ומה שנרשם מוהרא"י עיינתי שם ולא מצאתי ונ"ל שט"ס הוא וצ"ל מוהר"מ והם שו"ת מור"ם שכן נראה למעיין שם בתוך התשובה יע"ש ·

סי' פ"ח ס"א בסופו משקל ל"ב שעורים כסף נקי עכ"ל כ"כ שהם חצי דרהם כי כל מעה הרבע קנאריט ·

שם בסמ"ע סק"א ודינר הוא שש מעין כ"כ הוא דרהם וחצי ·

שם בש"ע סכ"ט במד"א וכו' אפילו יש בו נאמנות וכו' כ"כ כן הבין הרב בכסף משנה פ"ד דטוען כדעת הרב המגיד בפירוש דברי הרמב"ם ולא כנמוקי יוסף והר"ן יע"ש וכן כתב הרב לחם משנה שם יע"ש ועיין בספר עיטור סופרים דקי"ט עיין שם ·

סי' פ"ט ס"ג במד"א וכו' ושעשה עמו מלאכה וכו' עכ"ל כ"כ נראה דהוי היכא עדים שעשה עמו מלאכה אע"ג דאין עדים ששכרו שני דהא ליכא מגו שלא שכרתיך דאעפ"י שלא שכרו חייב ליתן לו שכרו וכמ"ש הר"ן ופסקה מור"ם סימן רס"ד סס"ד בהגה יע"ש ·

סי' צ' בש"ך סק"ז בד"ה וגם בטוען וכו' לכ"ע היכא דהוי מגו במקום וכו' כ"כ מלי לטעון לקוח ואין לומר דהוי מגו במקום חזקה ודוק ·

סי' צ"ב ס"ב ואפילו עבר על חרם שהחרימו הקהל וכו' כ"כ עיין לעיל סימן פ"ז סע"ל שהמזכיר שם שמים לבטלה הוי חשוד ועיין מה שכתבתי שם ודוק ·

שם ס"ו במודה ואומר שיודעים וכו' כמו בשאר עדות וכו' עכ"ל כ"כ ולא דמי לקרובים דסימן כ"ח ס"כ בהגה דסברי הרשב"א והרא"ש דאין החרם חל עליהם דהתם יש בעדותם דררא דממונא וכמ"ש הרשב"א בתשובה שהביא הבית יוסף כאן יעוין שם ·

שם ס"ט נתחייב החשוד וכו' אלא שכנגדו ישבע וכו' כ"כ עיין לעיל סימן פ"ב ס"ח דס"ל כיש אומרים יע"ש וכן לקמן סי"ג ונ"ל דדעת מרן כהיש אומרים כמי שיש בידו שטר מקויים והוא חשוד דנוטל בלא שבועה אבל בשאר נשבעין ונוטלין שכנגדו נשבע ונפטר ·

שם סי"ג ואם נשבע ונטל יחזור לבעל דינו וכו' כ"כ נראה דזה דוקא בשבועת המשנה כגון נגזל ונחבל משא"כ בטוען פרעתי השטר מקויים ושכנגדו חשוד דהמלוה נוטל בלא שבועה וכמו שפסק מרן סימן פ"ב ס"ח כיש אומרים בתרא וכן מסתברא ע"ש ובטורי זהב שם ובש"ך סימן זה סקי"ד וכן עיקר כדעת מרן כיש אומרים דסעיף ט' ודוק :

סי' צ"ג ס"ה אלו נשבעים בטענת שמא וכו' כ"כ דוקא שמא אבל טענת ברי ליכא שבועה דאורייתא ש"ך סימן ע"ב סקקט"ו ויש לדחות ועיין ש"ך לקמן סק"ד כמ"ש ועוד נ"ל לתרץ וכו' ודוק ·

שם בסוף הסעיף בשני מעין כסף כ"כ שהוא חצי דרהם כסף :

שם ס"ו ומגלגל בה כל מה שירצה וכו' כ"כ פירוש שלא גזלו וכיוצא עיין סי"ד ·

שם בש"ך סקי"ד דהיינו שלא גזלו וכו' עכ"ל כ"כ לאפוקי אם טוען שלא היה שותפו מעולם שאינו יכול להשביעו על זה אפילו על ידי גלגול כדלקמן סעיף י"ד

שם בש"ע ס"ט בסופו אינו נשבע עליו אפילו על ידי גלגול כ"כ אבל מחרים חרם סתם כדלעיל סימן פ"ז סכ"ז במור"ם יע"ש וכן כתב הרב חקרי לב ח"מ סימן ד"ן יע"ש ועיין לעיל סעיף וא"ו ופשוט

שם סי"ז ראובן ושמעון וכו' ושמעון ידע בדבר וכו' כ"כ עיין סימן קע"ו סי"ד ועיין שם בסמ"ע סקל"ד ויש לחלק כמו שחילק הרב אדרת אליהו סימן כ"ו דס"כ ע"ב וק"ל

סי' צ"ז סי"ד אבל לערב מותר למשכן וכו' כ"כ ולענין השבת העבוט עיין בית יוסף ולקמן סכ"ט

שם בסמ"ע סקכ"ה גם שם כתבתי טעם למה נלקה וכו' כ"כ עיין בכסף משנה פי"ו מה' סנהדרין דין ד'

שם סי"ו ולא יעשה מטלטלים אלא בניו וכו' כ"כ ואם נתנו הלוה לאחר במתנה עיין לקמן סימן ק"ה ס"ו ובבית יוסף שם בד"ה ואם נתנו עיין שם

סי' צ"ט בש"ך סק"ז בסופו אינו רק בשאר ב"ח וכו' כ"כ עיין בתשו' אבקת רוכל סימן קע"ג ובתשו' מבי"ט ח"א סימן קמ"ט יע"ש ובמוהר"י אדרבי סימן ס"ז וסל"ח

סימן

סי' ק"א כמורש בסופו קודם הזמן עכ"ל נ"ב הוא מתשו' הרשב"א שהביא הבית יוסף ס"ו וז"ל ובתשובה אחרת כתב שאפילו לפי דעתו וכו' יעוין שם

שם סיו"ד מגבין למלוה וכו' נ"ב ואפילו יש עליו לווים אחרים והם במדינה הים עיין בבית יוסף סי' ק"ד ס"ב על תשו' מיימוניות יע"ש ועיין בבעל התרומות סוף שער ה' ודוק ועיין בתשובות למח גדק סימן קי"ח

שם בסמ"ע סקי"ב למוכרם מיד וכו' אלא שמין אותו כפי מה שהיה שוה וכו' נ"ב עיין לעיל סימן ע"ג סט"ו ובש"ך סק"מ ומוהר"י קלין זלה"ה בתשו' ב"י הסכים דלא כסברת הסמ"ע ועיין בטורי זהב (א"ה וכן ראיתי בפסק ב"י להרב הגדול כמוהר"א ענתבי זלוק"ל שהביא כמה ראיות ברורות כסברת הרב מוהרי"ק ז"ל וכן הסכים לדינא דלא כהסמ"ע יעש"ב נאם

יצחק לבטון ס"ט

סי' ק"ג ס"ז אם נהגו שלא לירד וכו' נ"ב משמע היכא דאין המנהג ידוע הולכין אחר לשון השטר ועיין לעיל סימן ס"א ס"ו יעוין שם

סי' ק"ד ס"א מי שיש עליו חובות הרבה וכו' יש להסתפק במה שכתב הרב המגיד על דברי הרמב"ם בפ"ך מהלכות מלוה דין א' וז"ל ומדברי רבינו נראה שאין חילוק בין מלוה בשטר למלוה על פה אלא כל הקודם זכה וכו' וכן כתב רבינו האיי בתשובה עכ"ל אם הוא דוקא בבאו לגבות באחד המלוה על פה ומלוה בשטר או אמרינן דמלוה על פה קודמת הכל אם קדם ותפס המלוה בשטר אין מוציאין מידו ומה שגבה גבה או דילמא דגם אי תפס המלוה בשטר כיון שהוא מאוחר מפקינן מיניה ומה שגבה לא גבה כיון דמלוה על פה קדמה · ב' אם יש לחלק בזה אם כתב הלוה למלוה בשטר שעבוד מקרקעי או לא וגם במטלטלין דקי"ל אם כתב שעבוד מטלטלי אגב מקרקעי הוה ליה כקרקעות אם כתב הלוה למלוה בשטר שעבוד מטלטלי אגב מקרקעי מי נימא דגם בזה תיקדום מלוה על פה המוקדמת או דילמא כיון ששעבד נכסיו כאגב אפילו מלוה בשטר המאוחרת קודמת למלוה על פה המוקדמת וגם אי תפס המאוחר אי לא מפקינן מיניה כיון דכתב ליה שעבוד או דילמא דגם בזה תפקינן מיניה · ג' אם באו לגבות באחר מטלטלין וכגון דלא כתב ליה שעבוד לשום אחד מהם אי אמרינן דהמוקדם קודם כיון דמדאו' חל שעבודו קודם השני או דילמא יחלוקו · כל אלו הספיקות יש לי לעמוד עליהם ולבאדם

ואבוא להשיב על ראשון ראשון הנה לספק הראשון נראה פשוט ומבואר דודאי גם אי תפס המלוה בשטר כיון שהוא מאוחר מוציאין מידו שהרי רבינו שהאם תחילה וכתב כל מי שקודם הוכו גובה תחילה והכונה אפילו קדם המלוה על פה וכדעת הגאון סיים וכתב ואם קדם האחרון וגבה מוציאין מידו שכל שקדם חובו זכה הרי מבואר הדבר שאפילו שמי שקדם חובו הוא בעל פה כפשטן דברי רבינו אפי"ה אם קדם האחרון וגבה מוציאין מידו גם מבואר מדברי הר"ן ז"ל שהביאו בית יוסף בח"מ סימן ק"ד סי"ג וז"ל אבל במטלטלין אפילו מלוה בשטר קודמת ומלוה על פה מאוחרת אם באו לטרוף כאחד חולקים לפי שאין קדימה במטלטלין ואם באה מלוה על פה וגבתה מה שגבתה גבתה דכל שאין בו דין קדימה מה שגבה גבה עכ"ל מוכח בפשיטות דבדבר שיש בו דין קדימה מה שגבה לא גבה וכן כתב הרדב"ז בח"ה סימן ק"ע והביאו הרב החבי"ב בתשובה סימן ס"ג מח"מ בהגב"י אות מ"ד דאם תפס המאוחר מוציאין מידו ולא מלי למימר קים לי כהרי"ף וכתב עליו הרב החבי"ב ואני אומר דיפה דבר למקומו שנהגו לתפוס כהרמב"ם וכו' ע"ש הרי שניהם לדבר אחד נתכוונו שלדעת רבינו האיי והרמב"ם אם קדם המאוחר ותפס מוציאין מידו וכן כתב הכנה"ג שם באות מ"ו ובאות נ"ה עיין שם גם מדברי מוהריב"ל בח"א דקמ"א בההיא עובדא דבן שהיה פ"אטור לאביו נראה כן וכן נראה מדברי הרב מוהרש"ד סימן הע"ר ומוהרש"ך בח"א סימן ל"ה ומוהרי"א בסימן סי"ז ומוהרא"ד"ב סימן כ"ו יעוין שם וכל זה נראה לי פשוט דהא ודאי דין הוא דבכל מקום שאמרו דין קדימה אם תפס מוציאין מידו · ומה שהביאני לבית הספק הוא מה שראיתי להסמ"ע בסימן ק"ד בסק"ג שכתב עמ"ש מורש הכל מע"פ אם קדם המאוחר וגבה מה שגבה גבה וז"ל בטור סי"ד פסק דבשניהם בעל פה גובה המוקדם והמחבר סי"ג פסק דאפילו מלוה על פה מוקדם קודם למלוה בשטר מאוחר ואפשר דמורש לא איירי הכא אלא בהי קדם המאוחר וגבה אבל לכתחילה גם כן ס"ל דהמוקדם קודם ע"כ ונראים הדברים דהסמ"ע ז"ל הבין בדעת מורש דגם לרבינו האיי וסיעתו אם קדם המאוחר וגבה אין מוציאין מידו ולא אמרו אלא לכתחילה דמוקדם קודם והדבר תמוה שהרי מדברי הרמב"ם והר"ן וכל הפוסקים נראה ברור דגם אי תפס מוציאין ולא אשתמיט חד מהפוסקים לומר דפלוגתייהו בלכתחילה ובפרט בהרמב"ם עצמו הוא ניכו סבר כרבינו האיי וכתב בפירוש דאם תפס מוציאין מידו · ועלה על דעתי לומר דכונת הסמ"ע דודאי דעת רבינו האיי והרמב"ם דאם תפס מוציאין מידו וכמו שהבינו כל הפוסקים אך דעת מורש ז"ל אף דבתמה דלענין דינא דלכתחי' פסקינן כהרמב"ם ורבינו האיי דמלוה על פה קודמת מ"מ אם קדם ותפס המאוחר מי שם פה לומר דמוציאין מידו כיון דהרי"ף ובעה"ת וכמה תפוס' דס"ל דמלוה בשטר קודמת ותיסגי לן כדתפס לומר קים לי כדעת הרי"ף וסיעתו דמלוה בשטר קודמת לקיים מה שבידו ואף דהמחבר פסק כרבינו האיי אפילו להוליא דעת מורש אינה כן אלא דלכתחילה עבדינן כרבינו האיי וכפסק המחבר ואם תפס לא מפקינן מיניה וכדעת הרי"ף אבל אה"נ ס"ל דדעת רבינו האיי והרמב"ם דמה שגבה לא גבה כן נראה ליישב בדוחק :

אך מה שעומד לנגדי בכותל הוא מה שראיתי להרב כנה"ג בתשובות בעי חיי בשניות ח"מ סימן מ"ו שכתב שם עמ"ש הרב שפתי כהן בסימן ק"ד סקי"ז עמ"ש מרן היו עליו בעלי חובות הרבה כולם ביום אחד אין בהם דין קדימה וכל הקודם לגבות זכה והקשה הרב בס"ך דהר"ן כתב דהיינו דוקא

דוקא למאן דס"ל דמלוה על פה ליכא דין קדימה ואם כן קשה. כיון דהמחבר פסק לקמן דמלוה על פה מוקדמת קודמת למלוה בשטר מאוחרת לגבות מב"ח ודלא כהר"ן היאך פסק כאן דאין בהם דין קדימה והצריכו עיון וכתב עליו הכנה"ג שם ויש ליישב דהכי קאמר אין בהם דין קדימה לענין שכל הקודם לגבות זכה אבל בעודם ביד שלוח יש להם דין קדימה. ע"כ נראה ברור מדבריו דלענין שכל הקודם לגבות זכה אף דמרן פסק כרבינו האיי וסייעתו אפ"ה מודה דאם קדם המאוחר וגבה זכה ואחרי נשיקת עפרות רגליו כמה תמוהים דבריו דהא כבר כתבנו דמפורש יוצא מדברי הרמב"ם והר"ן וכמעט רוב הפוסקים דלרבינו האיי אם קדם האחרון וגבה מוציאין מידו וביותר קשה דהרכנה"ג עצמו בהגהות מ"ד על דברי הרדב"ז ובהגהות מ"ו ובהגהות כ"ה נראה ברור מדבריו דכל שיש בו דין קדימה מוציאין מידו כמבואר ואיך כתב כאן כן ואין לומר דכונת הכנה"ג כמ"ש על דברי השמ"ע דהא דעת מרן בבירור כבדק הבית כרבינו האיי והרמב"ם ולא חש לה לסברת הרי"ף כלל וגם בש"ע לא הזכיר מדעת הרי"ף כלל אלמא דלא חש לה כלל ואם כן ודאי דעת מרן דאפילו תפס מפקינן מיניה ודלא כהרב החבי"ב ז"ל ·

עוד ראיתי מה שתירץ שם הכנה"ג לקושית הרב שפתי כהן ח"ל וכלהו הכי לא קשיא מידי דמה שכתב מרן דחולקים היינו כשאין ידוע למי נמסר תחילה דבידוע למי נמסר תחילה למ"ד דיש דין קדימה במלוה על פה הכא נמי יש דין קדימה עכ"ד ואני אומר דבהא ודאי ראוים הדברים למי שאמרם ובודאי שכן דעת מרן וראויה לתירוץ זה שסרי רבינו ז"ל הוא מכת הסוברים דבמלוה על פה יש דין קדימה ואפ"ה כתב דין דאם היו כולם ביום אחד אין בהם דין קדימה והכריח לומר דמיירי כאין ידוע למי נמסר תחילה · ברם אכתי אנן מה נענה בתריה דהסמ"ע ז"ל דפירש עמ"ש מרן דאם היו כולם ביום אחד אין בהם דין קדימה כדעת הר"ן דאפילו ידעינן שלוה נמסר תחילה אפי"ה חולקים והו תימא דבידעינן למי נמסר תחילה ודאי קדים ואיך כתב דחולקים וכקושית הש"ך · ולולי דמסתפינא אמינא דעיקר קושיית הש"ך היא על דברי הסמ"ע דלפי דבריו דברי מרן סתרי אהדדי וחסר מדברי הש"ך חי' ועיין בסמ"ע וכו' ואיך שיהיה אני תמיה על הכנה"ג דלא נרגש דעדין לפי דברי הסמ"ע עמדה ונשאת קושית הש"ך על דברי מרן ולא יעלה מזור לה בתירוץ זה ·

ואולם לע"ד נראה לתרץ דברי הסמ"ע והוא על פי מה שכתב הסמ"ע סקל"א וז"ל ובפרישה כתבתי דנראה דמה שכתב הטור כאן איירי בשעבד נכסיו לכל אחד בפני עדים וכו' ע"ש נראים הדברים דדעת הרב דלא אמרינן דמלוה על פה קודמת או מלוה בשטר קודמת אלא כששעבד נכסיו בפירוש לפני עדים אבל בלא שעבוד נכסים א"כ דחולקים אף דידעינן למי נמסר תחילה ואם קדם המאוחר וגבה מה שגבה גבה וא"כ מה שפסק מרן בש"ח היו כולם ביום אחד אין בהם דין קדימה היינו אפילו דידעינן למי נמסר תחילה וכיון דליכא שעבוד נכסים בפירוש משום הכי ליכא דין קדימה

וכסי"ג איירי כששעבד וכזה יש דין קדימה כן נראה לי ליישב דברי הסמ"ע ודוק ·

איך שיהיה דעת מרן בש"ע כרבינו האיי ורבינו ז"ל אמנם הב"ח פסק דיחלוקו כיון דהוי פלוגתא דרבוותא וכתב הרב כנה"ג בהגה"י הגהות מ"ג וז"ל ובבית חדש פסק דיחלוקו אפילו במקרקעי וכששניהם מלוה על פה המוקדם נוטל ג' חלקים והמאוחר רביע אבל הסמ"ע כתב דכל הקדימות שבכאן הוא לגבות ממקרקעי אבל לענין מטלטלי שוים הם בגביה עכ"ל ואיני מבין כונתו במה שכתב אבל הסמ"ע וכו' דלע"ד אין כאן שום מחלוקת בין הסמ"ע והבית חדש דהא הסמ"ע לא ירד לדינא לגלות דעתו בהאי דינא אלא דפרושי קא מפרש על דברי מרן דמה שקודם הוא דוקא במקרקעי אבל במטלטלי אין בהם דין קדימה כלל ושוים הם בגביה וזה מוסכם אליבא דכ"ע וגם אליבא דהרב בית חדש כששניהם מלוה על פה דהמוקדם נוטל ג' חלקים הוא דוקא במקרקעי אבל במטלטלי שוים הם בגביה כיון דאין בהם דין קדימה והוא מוכרח וברור מתשו' הב"ח סימן ק"נ יע"ש סוף דבר לא מצאתי טעם לומר דפליגי הבית חדש והסמ"ע וק"ל · אמנם הטור ז"ל פליג וס"ל כהרי"ף ודלא כרבי' ז"ל ובסעיף ט"ו שכיא תשובת הרא"ש ומדברי אותה תשובה נראה דסבר הרא"ש כהרי"ף אמנם הרב תומת ישרים בתשו' שהביא בעל התרומות אין נראה כן והרב כנה"ג בהגה"ט הגהות כ"ה תירץ וז"ל אי נמי והוא הנכון דלא כתב הרא"ש דשמעון קודם אלא מפני שסובר דאין מלוה על פה מוקדמת קודמת למלוה בשטר מאוחרת אבל אם מן הדין קודמת מלוה בשטר המאוחרת לוי קודם וכיון שרבינו בעל הטורים סובר כהרי"ף דמלוה בשטר מאוחרת קודמת למלוה על פה מוקדמת מדהביא דבריו באחרונה כתב שאפילו תוך זמן לוי קודם מטעם דמלוה בשטר מאוחרת קודמת למלוה על פה מוקדמת עכ"ל ·

ולדידי אחרי נע"ר אינני נכון כלל דבשלמא אילו היה הטור מביא הדין בסתם דלא משמיה דהרא"ש הוה אמינא דדעת הטור כהרי"ף ומשום הכי כתב דלוי קודם אך אמנם השתא דהכא דהטור ז"ל ולא עת"ק מתשובת הרא"ש היך יכתוב על שם הרא"ש מידי דלא ס"ל כלל ואם הוא פליג עליה הוה ליה להביאו כדמותו כצלמו וליפלוג עליה ולא לכתוב בשם הרא"ש מידי דלא ס"ל כלל ולא ידעתי איך ניחא ליה להרב כזה וכתב שהוא נכון ולע"ד דבריו צל"ע ·

ואיך שיהיה נראה דעת הרא"ש מתשו' שהביא בעה"ת דס"ל כרבינו האיי וכמו שכתב הכנה"ג בתירוץ שני · ועל פי זה הנה מקום אתי ליישב מה שהקשה הרב מקרא סופרים ברכ"ג ע"ד הרב העיטור שהביא שם דברי רבינו האיי דס"ל דמלוה ע"פ קודמת למלוה בשטר מאוחרת ומטעמא דשעבודא דאורייתא והקשה הרב דהא הרב העיטור בהגהות אחריות ד"ח כתב דשעבודא לאו דאורייתא וכסברת ר"ח ור"א שהביאו התוס' בסוף פרק נ"פ ואם כן איך בכאן הודה לרבינו האיי יע"ש ולע"ד על פי מה שכתב הרא"ש יש מקום לומר שדעת העיטור כהרא"ש דס"ל דשעבודא לאו דאורייתא ואפילו הכי המוקדם קודם כיון שהם שוים בשעבוד

וגניהם

ושניהם אינם מן התורה ועל שניהם מלוה מן התורה לפרוע וכמו שכתב הראב"ד ואם כן דעת הרב העיטור כרבינו האי כוותיה ולא מטעמיה דשעבודא דאורייתא ולא הוצרך הרב העיטור כאן לחלוק על רבינו האי בדין שעבודא דאורייתא כיון דכבר גילה דעתו לעיל ואיך שיהיה הדין דין אמת כרבינו האי דמלוה על פה קודמת כנ"ל ודוק :

אך ראיתי להרב בית חדש בתשו' סימן ס"ג הנז' שכתב דמאן דס"ל דשעבודא לאו דאורייתא אי אפשר לומר דמלוה על פה קודמת למלוה בשטר יע"ש ולפי מ"ש דעת העיטור דשעבודא לאו דאו' ואפ"ה הביא תשובת רב האי ובהכרח לומר דדעתו כמ"ש הראב"ד בתירוץ קמא אל הטוען דאפילו דשעבודא לאו דאורייתא אפילו הכי המוקדם קודם וכותיה דרבינו האי ומטעמיה דהראב"ד וק"ל · וראיתי עוד להרב בית חדש בתשובה הנז' שיישב דברי הראב"ד שהביא הטור עם דברי הראב"ד שהביא הרב בעל התרומות כמו שיישב הרב כנה"ג בתירוץ קמא יע"ש וכן נראה מדברי הסמ"ע סקל"א שכתב וז"ל ובפרישה כתבתי דנראה דמ"ש הטור כאן איירי כששעבד נכסיו לכל אחד בפני עדים ובזה נתיישבו דברי מורה בס"א ובלאו הכי נמי מוכרחים לפרש דברי הטור כן כדי שלא תקשה עליו ממה שכתב אחר כך בסוף סעיף ט"ו בשו' הראב"ד דנראה כסותר למ"ש לפני זה וגם כתבתי שם שהבעל התרומות מחלק בהדיא כן ע"ש עכ"ל וביאור דברי הסמ"ע לענ"ד שהרב ז"ל הוקשה לו כקושיית הרב מוהר"י די בוטון והבית חדש בתשובה הנז' וגם דברי הטור עצמם שבתחילה כתב שאעפ"י שעדיין לא הגיע זמן של שמעון אפ"ה לוי קודם וכו' ושוב כתב ואם עבר זמן הלואת שמעון יכול לוי לטעון לשמעון וכו' שדברים אלו סותרין אהדדי דמסיף דבריו נראה דדוקא אם עבר וכבר הבית חדש ז"ל בסימן ק"ד הוקשה לו כן ותירץ דתחילה כתב הדין עם לוי כסברת הרי"ף ולבסוף כתב דאם עבר אפילו לדעת רבינו האי הדין עם לוי יע"ש אך הסמ"ע ז"ל ס"ל דדעת רבינו האי דוקא כששעבד ומאי דהביא הטור תשובת הראב"ד דנראה כהרי"ף היינו בלא שעבוד דאפילו רבינו האי מודה וכדברי הב"ח בתשובה והכנה"ג והכריח. זה ממה שכתב הטור בסוף סעיף ט"ו תשובת הראב"ד ודקדק לומר בסוף סעיף ט"ו דהיינו עמ"ש ואם עבר זמן הלואת שמעון דנראה דסותר למה שכתב לפני זה דאפילו בלא הגיע זמן שמעון וכקושיית הב"ח בס"י ולפי מה שכתב הסמ"ע יתיישב דתחילה כתב דבלא שעבוד אפילו לא הגיע זמן שמעון לוי קודם ולסוף חידש דאם עבר זמן הלואת שמעון אפילו כששעבד דס"ל לרבינו האי דהמוקדם קודם אפ"ה דוקא בלא עבר אבל אם עבר מודה. ומה שכתב וגם כתבתי שם שהבעל התרומות מחלק בהדיא כן רוצה לומר וגם הכרחתי שם דודאי הטור הבין כדעת רבינו האי דאיירי בשעבוד נכסים שהרי הבעל התרומות מחלק בהדיא משמיה דהראב"ד כן ובודאי הטור שהביא בשם דינו של הראב"ד דלוי קודם מוכרח דאיירי בלא שעבוד ומ"ש רבינו האי דוקא בשעבד וכמו שכתב בהדיא הבעל התרומות משמיה דהראב"ד וכתירוץ הב"ח והכנה"ג וקיצר הרב מאוד וסמך על מ"ש בפרישה ודרישה ותכל על דאכדין ולפי מה שכתבנו אין מקום למ"ש הרב שפתי כהן בסק"ב וז"ל ע"ש בסמ"ע כדי שלא תקשה עליו וכו' המעיין בבית יוסף ובבעל התרומות יראה. דגם הראב"ד מיירי בשעבוד נכסיו ע"כ ותמהו להסמ"ע שלא עיין בבית יוסף ובבעל התרומות והסמ"ע עצמו כתב דהבעל התרומות מחלק כן ואחרי נע"ר לא נתכוון בכוונתו ואין מקום לדבריו כלל · גם ראיתי להרב מקרא סופרים שם שהבין בכונת הסמ"ע דהכריח לומר מ"ש בטור תחילה דברי רבינו האי ולבסוף כתב דברי הראב"ד ולא כתב אבל הראב"ד דנראה דפליג וס"ל כהרי"ף ומוכרח לומר דרבינו האי מיירי בשעבוד והראב"ד איירי בלא שעבוד ומה זה ראינו מוכרח דהא הטור הביא דברי הרי"ף ועלה כתב כתב הראב"ד עכ"ל ולענ"ד אין כן כונת הסמ"ע כלל כמ"ש ז"ל אלא שכוונתו כמו שכתבתי ובפרט כי מפורש יוצא מדברי הראב"ד שהביא בית יוסף דאיירי בשעבוד והרב ז"ל לא נרגש מזה ע"ש :

המורם מכל זה דלדעת הראב"ד הלכה רווחת כרבינו האי אמנם לפי הבית חדש ותירוץ ראשון של כנה"ג דוקא כששעבד נכסיו ומה שנראה מדברי הטור שדעתו כהרי"ף הוא בלא שעבד שגם רבינו האי מודה ולתירוץ שני של הרב כנה"ג אפילו בלא שעבוד דעת הראב"ד כרבינו האי · ומזה יש להעיר על הרב מוהרשד"ם בתשובה סי' הע"ר שכתב דראוי לתפוס כהרי"ף דגם הראב"ד ס"ל כהרי"ף וכמו שהביא הטור ואירוש גדול הוא זה דדעת הראב"ד כרבינו הרי"ף ז"ל יע"ש ואחרי נע"ר לא נרגש הרב ז"ל ממה שהביא בעל התרומות משמיה דהראב"ד דנראה מפורש דדעתו כרבינו האי ובהכרח לומר דמ"ש הטור משמיה דהראב"ד דמלוה בשטר קודמת היינו בדלא שעבד דגם רבינו האי מודה וכתירוץ הבית חדש והכנה"ג בתירוץ א' או בתירוץ שני של הכנה"ג ודעת הראב"ד בכל גוונא כרבינו האי ובגם דנאמר דדעת מוהרשד"ם כתירוץ הב"ח והכנה"ג בתירוץ ראשון ואם כן דינו דין אמת דאיירי בלא שעבוד מ"מ מה שנראה מדבריו דראוי לפסוק כהרי"ף דהראב"ד ס"ל כותיה וכדכתב הטור ליתא וכמפורש בבעל התרומות משם הראב"ד וק"ל :

והנה לספק השני אם שעבד למלוה בשטר מטלטלי אגב מקרקעי אם קודם הוא למלוה על פה אם לאו הנה מדברי הרשב"א ז"ל בסימן תתקי"ד שכתב דמטלטלי דיתמי אם כתב למלוה בשטר שעבוד מטלטלי אגב מקרקעי כיון דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבעל חוב אלא מפני התקנה הילכך המלוה בשטר שנשתעבדו לו באגב קודם עכ"ל נראה ברור מדבריו דבשהם ביד הלוה אפילו דכתב לשני שעבוד אגב אפ"ה המוקדם קודם וכרבינו האי אך ראיתי להרב שפתי כהן בסק"ב שכתב דבתשובת הרשב"א משמע דאפי' במשועבדים בפירוש מלוה על פה קודמת ויחיד הוא עכ"ל ועיין להרב זרע יעקב בתשו' סימן כ"א וג"ג ודוק היטב ·

ואני בעניי בחפשי באמתחות הפוסקים הנה ראיתי להרב מוהר"י אדרבי בתשובה סימן ט"ז שכתב וז"ל שאם היא מלוה על פה אפילו ישנה מוקדמת

מוקדמת לחוב כתובה שהאשה גובה. שאשה כתובתה מאוחר המטלטלין שהרי כתוב בכתובה ששעבד לה בעלה מטלטלי אגב מקרקעי וחשיבי כמקרקעי וכו' ולא גבי מהם בעל החזקה הנז' ואפילו יהיה זמן חובו מוקדם וכמ"ש הרי"ף הביאו הטור סימן ק"ד וטעמא דמלתא דשעבוד דינו כמכר וכו' יע"ש נראה ברור מדבריו דדוקא לדעת הרי"ף ז"ל לא גבי מהם בעל החזקה אמנם לדעת רבינו האי שחולק על הרי"ף אפילו ששעבד לה מטלטלי אגב מקרקעי אפ"ה המוקדם קודם וכדעת הרשב"א ז"ל אך ראיתי להרב החבי"ב ז"ל בשניות דח"מ סימן ב' שכתב כד"ג ע"כ וז"ל ועוד דלא נחלקו רבינו האי והרי"ף ז"ל מי מהם קודם אלא בגוונא דאין בהם דין קדימה כלומר במקום שזה קדם וגבה מה שגבה גבה אבל במקום שאין גבייתו גבוה ודאי דמלוה בשטר קודם וזה מבואר בדברי הר"ן שכתב מיהו דוקא במקרקעי אבל במטלטלי אפילו מלוה בשטר מוקדמת ומלוה על פה מאוחרת אם באו לטרוף כאחד חולקים לפי שאין דין קדימה במטלטלין ואם בא מע"פ וגבה מה שגבה גבה ע"כ הנה משום דאם קדמה ותפסה מה שגבתה גבתה חולקין אבל בכה"ג שנשתעבדו המטלטלין ויש להם דין קדימה שאם תפסן בעל חוב ע"פ מוציאין מידו אפילו מלוה על פה מוקדמת מליה שבשטר שכתוב בו שעבוד אגב קודם לגבות ומוציאין מידו וכן כתב בפירוש מהרש"ך בח"א סימן ל"ה יע"ש עכ"ל הנך רואה שדעת הרב החבי"ב ז"ל כמ"ש הש"ך אך אמנם כמה שהביא ראיה מדברי הר"ן אחרי נע"ר שותיה דמר לא במירנא דהא הר"ן ז"ל מתחילה כתב ודברי הרי"ף נראים עיקר ועל זה כתב דבמטלטלי איך שיהיה חולקין ואם בא מלוה על פה וגבה מה שגבה גבה וכשנשתעבדו המטלטלין דקי"ל דמה שגבה לא גבה חזר דינם להיות כמקרקעי וכהרי"ף דס"ל דמלוה בשטר קודמת אבל אפ"ה לדעת רבינו האי עדין יש לומר דאפילו שעבד למלוה בשטר מלוה על פה המוקדמת קודמת ולא ידעתי מאין המציא הרב ז"ל מדברי הר"ן דגם לרבינו האי אם שעבד למלוה בשטר הוא קודם ולדידי אין שום ראיה מדברי הר"ן כלל גם כמה שכתב בתחילת דבריו ועוד דלא נחלקו הם דברים תמוהים ול"ע. גם מה שכתב וכן כתב בפירוש מוהרש"ך ח"א סימן ל"ה ע"ש. גם ראיתי בתשובה אחרת להרב החבי"ב עצמו בסימן ל"א אחר שהביא הרב דברי הרשב"א בסימן תתקי"ד הנז' ודברי הרב שפתי כהן עליו כתב אלא שביניתי בספרים וראיתי שדבר זה הוא מחלוקת בין גדולי הדור שלפני פניו שמהרש"ך בח"א סימן ל"ה כתב דהא דקי"ל לוה ולוה ואחר כך קנה יחלוקו ה"מ במלוה בשטר או מלוה בשטר ומלוה על פה ואין כתוב בשטר מטלטלי אגב מקרקעי אבל אם כתוב בשטר מטלטלי אגב מקרקעי אפילו שמלוה ע"פ היא מוקדמת למלוה בשטר מלוה בשטר קודמת ואפילו תפס מלוה על פה מוציאין מידו וכן פסק בח"ב סימן קע"ח וכן נראה מדברי מוהרי"ט בסימן ש"א שנשאל על נדון שנשאל מוהרש"ך ופסק דאם תפס האחרון זכה מפני שנשתעבדו לו נכסים באגב נראה דאם לא נשתעבדו לו באגב מה שגבה לא גבה וכו' עכ"ל;

ואנכי שעבד כתר דלאיכא עפר תחות רגליו לדידי חזי דמלבד דאין שום ראיה מדברי מוהרש"ך ז"ל לדעת הש"ך ודעתו ז"ל אלא דאדרבא יש לדון מדברי מוהרש"ך להיפך והוא שכ' מהרש"ך שם דאם חובות שטעון הם מלוה על פה יראה דהאלמנה קודמת ולא מבעיא אם קדמו חובות שבשטר אלא אפילו היכא שמלוה על פה מוקדמת דס"ל לרבינו האי דיש לה דין קדימה מכל מקום במטלטלי דיתמי כל אנפין שוים דכיון שכתוב למלוה בשטר שעבוד מטלטלי אגב מקרקעי הרי נשתעבדו למלוה בשטר ומלוה על פה לא משתעבדי ליה מטלטלי דיתמי אלא מתקנת הגאונים אם כן ודאי דמלוה בשטר קודמת דנשתעבדו לה מדינא וכמ"ש הרשב"א סימן תתקי"ד ע"ש עכ"ד. הנה נראה בבירור מדבריו ז"ל דדוקא במטלטלי דיתמי שאינם משועבדים אלא מפני התקנה מלוה בשטר דמשתעבדי ליה מדינא מפני שכתוב לו שעבוד קודם אבל אם היו המטלטלין ביד הלוה עצמו אפילו כתב למלוה בשטר שעבוד אגב אכתי מלוה על פה המוקדמת קודמת וכדעת הרשב"א ז"ל וכן הוכיחו הרב ש"ך והכנה"ג מדברי הרשב"א דסימן תתקי"ד ודברי מוהרש"ך הם לקוחים מדברי הרשב"א וכמ"ש כן בפירוש ומה שהביא הכנה"ג ממ"ש מוהרש"ך דגם בלוה ולוה ואחר כך קנה דקי"ל דיחלוקו אם כתב שעבוד למלוה בשטר הוא קודם למלוה על פה אחרי נע"ר אינו ענין לאת כלל דהתם שאני דכיון שבשעה שלוה אכתי לא היו נכסים אצלו כלל ואם כן מעיקרא לא חל עליהם שעבוד וגם דהוי מלוה על פה מש"ה מלוה שבשטר המאוחר שכתב לו שעבוד קודם הוא לגבות כיון דהראשון לא נשתעבדו לו כלל והשני משועבדים לו וגבה ודאי כ"ע יודו אבל היכא דהנכסים היו ברשותו של הלוה וחל עליהם שעבודא דאורייתא של מלוה ע"פ המוקדמת אפילו שכתב אחר כך למלוה בשטר שעבוד נכסים אכתי שעבודים דמלוה על פה קודם וכדעת הרשב"א ז"ל גם מה שהביא הכנה"ג מדברי מוהרש"ך ח"ב סימן קע"ח יע"ש שגם שם הלך הרב על זה הדרך שכתב הרב דלוה ולוה ואחר כך קנה וכתב לאחד שעבוד מטלטלי אגב מקרקעי שקנה ושיקנה אם קדם המלוה על פה וגבה מוציאין מידו עש"ב ואינו ראיה לענין זה כלל וכדכתיבנא דשאני התם דהמלוה על פה לית ליה שעבודא כלל משא"כ כשהם ביד הלוה ונוראות נפלאתי על הכנה"ג שהוכיח מדברי הרשב"א ז"ל שאפילו כשכתב ליה שעבוד למלוה בשטר אפ"ה המלוה על פה המוקדמת עדיף והעלים עין מדברי מוהרש"ך שכתב כדברי הרשב"א ואיך יכתוב מוהרש"ך דבר שיוליד סותר הקודם וכודאי דמוכרחים אנו לחלק וכמו שכתבנו:

האמנם אכתי כדברי מוהרש"ך יש לי מקום עיון דנראה ברור מדבריו דבלוה ולוה ואחר כך קנה כששניהם בשטר אפילו כתב לשני שעבוד אגב דקנה ושיקנה ולא כתב לראשון שעבוד אפ"ה אמרינן דיחלוקו ומי שקדם וגבה גבה ולא אמר הרב שיועיל השעבוד אלא בהיות שכנגדו הוי מלוה על פה שהרי בח"א בסימן ל"ה הנז' כתב תחלה דבשטרות נהגו לכתוב שעבוד אגב דקנה ושיקנה א"כ נראה דבל שעבוד אגב הוי כדאקנה ואפ"ה

ואפ"ה כתב דדוקא היכא שכתבו מלוה על פה וכ"כ מבואר הדבר יותר שכתב דבלוה ולוה ואחר כך קנה וכתב לאחד שעבוד דקנה ודאקנה אם קדם המלוה על פה מוציאין מידו משמע דדוקא אם קדם המע"פ אבל אם היה בשטר אף דלית ליה שעבוד אם קדם זכה מה שזכה זכה ובאמת שהדבר תמוה אם לוה ולוה ואחר כך קנה וכתב לראשון בלא שעבוד דאקנה וכתב לשני דאקנה ודאי דהשני קודם ואפילו קדם וזכה הראשון מוציאין מידו וזה דבר ברור לא יתכן שיחלוק בו הרב ז"ל יען כי הרב עצמו בח"ב סימן פ"ד כתב כן בפשיטות דאם שניהם בשטר וכתב לאחד שאקנה הוא קודם ואם קדם וגבה מה שגבה לא גבה ע"ש ואם נאמר דמ"ש בח"א כל שכתב בשטר שעבוד מטלטלי אגב מקרקעי הוא קודם למע"פ היינו כדלא כתב שעבוד דאקנה אבל אה"נ כשכתוב שעבוד דאקנה הוא קודם אפילו למלוה בשטר בלא שעבוד דאקנה אכתי לע"ד יש לדון בה דאם אמת הדבר דלא כתב לשני כי אם שעבוד מטלטלי בלא דאקנה מה מקום לומר דאפילו קדם המלוה בשטר מוציאין מידו למה כן דעל מה חל השעבוד כיון שלא היו לו נכסים באותה שעה איך חל שעבודו על הנכסים שבאו אחר כך כיון שלא שעבד לו נכסים שיקנה אלא ודאי דמיירי שהרב כשכתב לו דאקנה והדרא קושיין לדוכתה דאם כן אפילו למלוה בשטר קודם:

אשר ע"כ הנלע"ד בכונת מהרש"ך ז"ל הוא דהרב ז"ל קודם לזה כתב דאם חוב שמעון הוא מלוה בשטר ודאי דמה שגבה גבה ואף שכתב להאלמנה שעבוד דקנה ושיקנה גם לחוב שמעון שבשטר כתב כן דבכל השטרות כותבין שעבוד דקנה ודאקנה. וקי"ל דלוה ולוה ואחר כך קנה וכתב לשניהם דאקנה יחלוקו ומי שגבה גבה ע"ש כדאם ברור דסתם שטר כותבין בו שעבוד דקנה ודאקנה ולהכי כתב אחר כך דאם חוב שמעון הוא בעל פה גם בלוה ולוה ואחר כך קנה מוציאין מידו כשכתב לאחד שעבוד דאקנה ולא שייך למימר דמה שגבה גבה אלא כששתי החובות בשטר והיינו כמ"ש דכשניהם כתוב דאקנה דסתם שטר כתוב בו שעבוד דאקנה וכמ"ש הרב לעיל אבל כל שאחד מהם ע"פ לעולם מלוה בשטר קודמת דאם היה אחר גם כן בשטר חזר הדין הראשון שכתב לעיל כיון שכל שטרות כותבין בהם שעבוד דאקנה אבל אה"נ אי ידעינן דבשטר האחד אין כתוב דאקנה ובשטר האחר כתוב דאקנה מאי דכתיב ביה קדים וכמ"ש בח"ב סי' פ"ד הנז' ולא הוצרך כאן לכתוב דוקא מלוה על פה אלא לפי דקים ליה להרב דנהגו לכתוב בכל השטרות דאקנה וגם בח"ב מ"ש כן הוא על זה הדרך וגם בשאלת הרב שם איירי במלוה על פה ולפיכך סתם הדבר אבל כל שכתוב דאקנה קודם למלוה בשטר דלא כתב ליה דאקנה כנ"ל ודוק:

ואתה תחזה שגם הרב מוהרי אדרבי ז"ל הולך בסגנון זה שכתב תחילה דנראה דהדין עם האלמנה שדבר ידוע שבשטר הכתובה שעבד ראובן מטלטלי אגב מקרקעי דקנה ודאקנה וא"כ תפיסת שמעון אינה תפיסה ולסוף כתב דהדין עם שמעון דנכסים אלו ודעינן בבירור שקנאם ראובן אחר שלוה אלו החובות נמצא שאין בהם דין קדימה ואע"ג דנשתעבדו אגב מקרקעי תחילה לכתובת האשה ג"כ נשתעבדו לב"ח המאוחר אגב מקרקעי וכיון שכן כולם שוין בשעבוד שהוא ואם קדם האחרון ותפס זכה עכ"ד הנה מבין הרב בנ"ד דחובות ש' הם בשטר ובודאי דאם לא היה כתוב שעבוד דאקנה גם לשמעון ודאי אמרינן דהאלמנה קודמת כיון שכתוב לה שעבוד דאקנה אבל השתא שכתוב לשניהם שעבוד דאקנה הם שוין בשעבוד ומי שקדם וגבה גבה וכמ"ש מוהרש"ך בספיא דח"ג סי' פ"ג הנז' ומעתה גם מ"ש הכנה"ג בסי' ל"ח וכן נר' מדברי מוהרי"א בסי' שמ"א שנשאל על נדון מהרש"ך ופסק דאם תפס האחרון זכה מפני שנשתעבדו לו הנכסים באגב נראה דאם לא נשתעבדו לו באגב מש"ה לא גבה ע"כ הם דברים תמוהים אצלי ולא ידעתי מאי הוכח יוכיח הרב מזה דלדעת רבינו האיי אם יש במלוה בשטר שעבוד נכסים הוא קודם למלוה על פה המוקדמת דאין זה לענין זה כלל דהכא כשגניס מלוה בשטר קא עסיק הרב ז"ל ובלוה ולוה ואח"כ קנה דאם כתב לראשון דאקנה ולשני לא כ' שהראשון דכתב לו דאקנה וה"ה המאוחר דכתב לו דאקנה קודם ואם כתב לשניהם דאקנה שעבודם שוה אבל כשהמטלטלין ביד הלוה ומע"פ מוקדמת וכ' למלוה בשטר שעבוד נכסים לא נזכר בדברי מהרי"א כלל ואפשר דמע"פ שמוקדם קודם כיון דחל שעבודו מקודם דשעבודא דאורייתא ובפרט שכבר כתבתי לעיל דמדברי מוהרי"א בסימן ש"ז מוכח בבירור כהרשב"א וכנז"ל. סוף דבר דברי הכנה"ג במה שהוכיח מדברי מוהרש"ך ומהרי"א כדעת הש"ך הם דברים תמוהים בעיני וצ"ע:

וגם את זה ראיתי למהריב"ל ז"ל ח"א דקמ"א שנשאל הרב הנ"ל בבן שהיה פאטור לאביו וכשמת תפס משל אביו נכסים יען כי אביו חייב לו מהפאטורייה ויש על אביו ב"ח בשטר אי תפיסתו תפיסה או לא וכו' ה' בתשו' דכיון דהבן הזה הוא מוחזק בנכסי אביו והוא קודם לכל השטרות שיש על אביו ואפילו דהוי פלוגתא דרבוותא דלהרי"ף מלוה בשטר קודמת למע"פ אעפ"י שהיא מאוחרת יכול המוחזק לומר קים לי כרבינו האיי גאון שכתב דמלוה על פה מוקדמת קודמת למלוה בשטר מאוחרת לגבות מבני חרי עכ"ד וע"ש ולכאורה הדבר תמוה דהנה בנדון הרב ז"ל איירי במטלטלין ומטלטלין אין בהם דין קדימה ואפילו להרי"ף מי שקדם וגבה גבה אעפ"י שהוא מאוחר ואפילו מע"פ ובודאי דמוכרחים אנו לומר דבנדון הרב יש לבעלי השטרות שעבוד מטלטלי אגב מקרקעי והו"ל כמו קרקע דיש להם דין קדימה ולהכי לדעת הרי"ף ס"ל דמלוה בשטר קודמת אף אי תפס הבן מפקינן מיניה אמנם לדעת רבינו האיי מע"פ המוקדמת קודמת ואפילו כתב לבעלי השטרות שעבוד נכסים ויכול לומר קי"ל כר' האיי ותפיסתו תפיסה הרי מבואר הדבר דס"ל כהרשב"א דלדעת ר' האיי אף אם שעבד למלוה בשטר המע"פ מוקדמת קודמת דאם איתא דס"ל כדעת השפתי כהן דאם שעבד למלוה בשטר מודה ר' האיי דמלוה בשטר קודם א"כ אף אם יאמר הבן קי"ל כר' האיי ז"ל אכתי מלוה בשטר קודם דכתב ליה שעבוד נכסים דבהא מודה ר' האיי אלא ודאי דס"ל דלדעת רבינו האיי אף אם כ' שעבוד

למלוה בשטר אפ"ה מע"פ המוקדם קודם וכדעת הרשב"א ז"ל ודלא כהרב ש"ך ז"ל ומעתה הו"ל מהריב"ל ומהר"י הלוי ומהרש"ך ז"ל כולהו ס"ל כהרשב"א וכדכתיבנא לעיל דלא כהש"ך :

והנה בשיותי בזה ראיתי להרב פני משה בח"א סי' כ"ב שהביא דברי מהריב"ל הללו והעמידם הרב לתשו' זו כששעבד לחובות שבשטר וכמ"ש אך ראיתי שכתב דאכתי אין דבריו מתיישבים דכפי הנראה תפיסת הבן שם היה במעות ובמעות אפי' תפס המאוחר לא מפקינן מיניה דכיון דמעות אין בהם סימן מחזקינן להו בלוה ולוה ואח"כ קנה וכמ"ש בח"מ סי' ק"ד יע"ש וצ"ע עכ"ל · והנכי העבד לא ירדתי לסוף דעת הרב בזה דמה ראה בדברי מהריב"ל דאיירי במעות דבשאלת השואל כתוב והניח נכסים ביד הבן וגם בתשו' הרב בכמה פעמים הזכיר נכסים ולא נזכר מילת המעות כלל לא בשאלה ולא בתשו' ושם נכסים יורה על המטלטלים ולא על המעות איכרא דהוי קשיא הא קשיא דהכתי אף אי נימא דבמטלטלים איירי הרב ז"ל הא קי"ל ופסקו מרן בסי' ק"ד דשם מטלטלין מחזקינן להו בלוה ולוה ואח"ך קנה ודוקא אם יברר בעדים דמטלטלין אלו היו אצלו מקודם אבל בסתמא לא ואין לומר דמהריב"ל ז"ל פליג על מרן בזה וס"ל דגם בסתמא נכסים בחזקת המוקדם וכסברת מהרי"ט ז"ל בתשו' בח"כ סי' ח' שהרי מהריב"ל עצמו בח"א סי' כ"ו נשאל על ראובן שמת ואשתו תפסה כל המטלטלין ויש עליו כ"ח וכתב בתשו' וז"ל וכן נ"ב אין בח ביד המלוים להוציא שום דבר מידה ומהניא ליה תפיסתה משום דבשטר הכתובות כתוב דקנאי ודאקנה ושעבוד מטלטלי א"מ איברא דאם היה הב"ח מברר דלוה וקנה או קנה ולוה ואח"ך נשא דהיה מוציא מידה אבל כ"ז שלא יברר זה מה שתפסה תפסה ואעפ"י שכתב הרא"ש וכו' ע"ש נראה ברור מדבריו דבסתמא כל שאינו מברר מחזקינן להו למטלטלין בלוה ולוה ואח"ך קנה וכדעת מרן והנה בדרך אגב ראיתי לבאר דברי מהריב"ל מה שסיים על זה ואעפ"י שכתב הרא"ש בתשו' שאלם דנתפשט המנהג שלא לטרוף מן המטלטלין מפני תקנת השוק ואע"ג דכתוב בשטר שעבוד מטלטלי א"מ דה"ל כן שום אדם לא היה קונה מטלטלין וכיון דכן הוא היה נראה לכאורה דבמטלטלין אין בהם דין קדימה דלבעל חוב והבינן לכתובה לא והבינן וסא כמי לאו מילתא היא דאין הנדון דומה לראיה ודוקא לענין לטרוף מהלקוחות הוא דכתב הרא"ש הכי והו"ל בתר טעמא מפני ת"ס אבל לענין קדימה ליכא ת"ס וכיון דשעבד מטלטלי א"מ ותפסה האשה מטלטלי מילתא דפשיטא היא דמוציאין מידה וכו' עכ"ל וכונתו נראה לי דתחילה כתב דאם יברר דקנה ולוה ואח"ך נשא דמוציאין מידה וע"ז כתב דאפי' שכתב הרא"ש דאיכא ת"ס וכיון שכן חזר הדין דבמטלטלין אין בהם דין קדימה לומר דמוציאין מידה ויהבינן לב"ח שהוא המוקדם ולכתובה לא והבינן שהיא מאוחרת כיון דאיכא ת"ס ושיעור הלשון כך הוא והיה נראה לכאורה דבמטלטלין אין בהם דין קדימה עד שנאמר דיהבינן לב"ח ולא לאשה כיון שכבר תפסה ומה שנכה גבה מתקנת השוק ודחה זה דלא אמרה הרא"ש אלא במכר ולא בב"ח מאוחר וכיון שכן מוציאין מידה אם יברר וכל זה הוא פשוט אבל ומה שהוצרכתי לביאורה מפני מה שראיתי להרב מקור ברוך ז"ל בתשו' סי' מ"ה שהביא דברי מהריב"ל הללו וכתב ולא הבנתי מ"ש ואע"ג דכתב הרא"ש וכו' וכיון דכן היה נראה לכאורה דמטלטלין אין בהם דין קדימה דלב"ח יהבינן לכתובה לא יהבינן דמאי קשה ליה מ"ש הרא"ש דהגע עצמך הנה שייך בב"ר ת"ה ואין בהם דין קדימה הרי שאשה היא תפוסה ומה שנכתה גבתה שמה תאמר דדין הכתובה חלוקה מב"ח דבשאין בהם דין קדימה לב"ח יהבינן לכתובה לא יהבינן כמ"ש הפוסקים מ"מ הרי כתב הטור בא"ה סי' ק"ך דאם תפסה האשה אין מוציאין מידה ואפי' דלא תפסה דין הכתובה שוה דוקא במנה ומאתים אבל בנדונייא הרי היא בב"ח וצ"ע עכ"ל

ואחרי נע"ר לא נתכוון הרב ז"ל בכוונת מהריב"ל דאדרבא כוונתו ז"ל דאם נאמר דיש ת"ה בב"ר זכתה האשה כמה שבידה כיון שהיא תפוסה ולא נשאר קדימה לב"ח על הכתובה והרב ז"ל השיא כונת מהריב"ל ולשונו בדרך אחרת ולפיכך כתב מ"ש והדבר פשוט ומבואר דמ"ש איך שיהיה מבואר מתשו' זו שדעתו כדעת מרן דבסתמא מחזיקינן להו בלוה ולוה ואחר כך קנה ואם כן הכא אמאי אצטריך הרב לומר דזכה הבן מכח דקי"ל כרבי' האיי הרי גם להרי"ף דס"ל דמלוה בשטר קודמת מ"מ במטלטלין דלוה ולוה ואח"כ קנה יודה דאין בהם דין קדימה ומי שקדם ונכה גבה ואם נאמר דכונת הרב דגם אם יבררו הב"ח על המטלטלין שביד הבן שגם היו אללו מקודם שלוה ולדעת הרי"ף מוציאין מידו אך מטעם קי"ל זכה הבן הוא ניחא אך הנה אמת מאד קילר הרב והעיקר חסר מן הספר והנראה אללי דעת מהריב"ל בזה דלדעת הרי"ף ז"ל דיש עדיפות למלוה בשטר אעפ"י שהיא מאוחרת ממלוה ע"פ המוקדמת אף דבאמת בנכסים שקנה אחר שלוה ולוה אין בהם דין קדימה היינו דוקא בשלא כתב למלוה בשטר שעבוד נכסים אבל כל שכתב שעבוד כפי' קודם הוא אף בנכסים שקנה אח"כ כיון דאיכא תרתי לעיכובא שטר ושיעבוד ומש"ה אם קדם וגבה המע"פ מוציאין מידו וכדעת מהרש"ך ז"ל אמנם לדעת רבי' האיי דס"ל דמלוה ע"פ המוקדמ' עדיפא אף בנכסים שהיו בידו מקודם אעפ"י שכתב שעבוד למלוה בשטר אכתי המוקדם קודם ואין השעבוד מעלה ומוריד כלל אפילו לנכסים שהיו בידו ומכ"ש וק"ו לנכסים שקנה אח"כ דאם תפס לא מפקינן מיניה ומה שנכה גבה כנ"ל דעת הרב בזה אלא שאיך שיהיה מאד קיצר הרב וצ"ע :

גם אשו"ר להרב לחם רב בתשובה סי' כ"ו שכתב וז"ל ומ"מ אם המלוה ע"פ מאוחרת כיון דשעבד בכתובה מטלטלי א"מ בהא לא אמרינן מה שנכה גבה כדכתב הרב"י סי' ס' דליכא בזה ת"ה וכו' אבל אם המלוה ע"פ מוקדמת עדיין היה מקום לומר דמועיל תפיסתו ואע"ג דלדעת הרי"ף מלוה בשטר המאוחרת קודמת למע"פ המוקדמת מ"מ כיון דרבי' האיי ואחרים פליגי עליה מצי המוחזק לומר קי"ל כוותייהו וכו' עי"ש נראה ברור מדבריו דהגם דבכתובה איכא שיעבוד אגב אפילו הכי אם

תפס המע"פ יוכל לומר קי"ל כרבי' האיי דס"ל דמע"פ קודמת אף למלוה בשטר דיש בה שעבוד הגוף ואם איתא דס"ל כהש"ך גם לדברי רבי' האיי אינו מועיל הקדימה כיון דאיכא שעבוד בכתובה ופשוט גם מדברי הרב צרור הכסף הביאו המבי"ט ז"ל בח"א סימן רס"א נראה כהרשב"א ז"ל שהרי כתב כדברי הרשב"א ממש יעו"ש וכן משמע מדברי המבי"ט דס"ל כן מ"ש שם בכלל העולה טעם ב' יעו"ש וראיתי להרב החבי"ב בתשובה הנז' דסימן ל"ח וגם בסי' ק"ר הכנה"ג אות מ"מ שכתב דדברי המבי"ט מסופקים יע"ש ולע"ד שיש קצת ראיה מתשובת זו דדעתו כהרשב"א וראיתי לו שם שכתב על דברי המבי"ט וז"ל וראיתי לו שם שהביא ראיה שאפי' מע"פ שתפס במקום מלוה בשטר במקום שאין דין קדימה אין מוציאין מידו ממ"ש הה"מ בריש פ"ך מה"מ ומדברי רבי' נראה שאין חילוק בין מלוה בשטר למע"פ אלא כל הקודם זכה ע"כ ונראה שמבין הרב ז"ל במ"ש הה"מ כל הקודם זכה הר"ל כל הקודם ותפס זכה וליתא אלא פי' דברי הה"מ הוא כל הקודם בזמן זכה ומיירי במקום שיש דין קדימה וכו' אבל כשאין בהם דין קדימה אפשר שהה"מ סובר דדוקא מלוה בשטר אבל מע"פ לא עכ"ל ואיני יודע מה הוא זה שהרי המבי"ט ז"ל אינו מביא ראיה על דין התפיסה אלא שכתב שאפי' מע"פ נכללת בחילוק המטלטלין כשאין בהם דין קדימה שהרי כתב הה"מ שאין חילוק בין מלוה בשטר למע"פ אלא כל הקודם זכה ואין חילוק בין מע"פ למלוה בשטר אלא לענין לקוחות וא"כ גם במה שאין בו דין קדימה חולקים וכו' עכ"ל הרי ברור שלא הביא ראיה מהה"מ כי אם לענין שאין חילוק בין מע"פ למלוה בשטר בדבר שיש בו דין קדימה וה"ה לענין דבר שאין בו דין קדימה דחולקים וא"כ כתב הרב דין אם תפס דאין מוציאין מידו מסברא ולא הביא שום ראיה כלל ולא ידעתי היכן ראה הרב דהבין המבי"ט במ"ש הה"מ כל הקודם זכה דר"ל מי שתפס זכה דאין שום רמז מזה בדברי המבי"ט כלל:

גם מדברי מהרשד"ם בתשו' סי' ר"י שכתב דאפי' כתוב הגוף בכתובה אינו מועיל לענין קדימת בעלים ואח"כ קנה והביאו הרב כנה"ג להוכיחו דס"ל כהרשב"א ודלא כהש"ך יעו"ש ומעתה לע"ד הדבר ברור לענין דינא לענ"ד דנקיטינן כהרשב"א מאחר דמהריב"ל ומהרשד"ם ומהרש"ך והמבי"ט ומהרא"ר"ב ומהר"י אדרבי והרב צרור הכסף כולהו קיימי בשטתיה דלא כהש"ך ואף שכתב הש"ך דמדברי הפו' משמע דלא כהרשב"א הנך כדידן לא ראינו בדברי הפוס' מי שיסבור כפי' הפך הרשב"א ואף דלא ראינו אינה ראיה מ"מ כיון שמצינו להרב החבי"ב דמי כמוהו מורה הוראות הפוס' איש איש מתקומו ובדין זה השפה ולא מלא כי אם סברת מהרש"ך ומהרי"א ולפי מה שהוכחנו גם איכא רבוותא קיימי בשיטתיה דהרשב"א מעתה קם דינא לענ"ד עיקר כהרשב"א ברם מודינא דאי תפס המלוה המאוחר שהוא בשטר והנך תיסגי לן עדותו של הש"ך לומר קי"ל כהנך פוסקים דס"ל דמלוה בשטר המאוחרת ואית בה הגוף גם רבינו האיי מודה דקודמת כיון שהשעבד היעיד בגו הרש"ך וכן משמע מדברי הפוסקים בהרבה מקומות ואף דבאמת דלתופסי דנגד הקי"ל אין הכי צריכין לזה דבלאו הכי מי שתפס יכול לומר קי"ל כהרי"ף דפליג על רבי' האיי וס"ל דמלוה בשטר קודמת למע"פ המוקדמת מ"מ אהניא לן שפיר לדידן דקיבלנו עלינו הוראת מרן דפסק כרבי' האיי ומעתה גם אי תפס המלוה בשטר מוציאין מידו ואינו יכול לומר קי"ל הפך דעת מרן בהא שפיר יכול לומר קי"ל כסברת הפוסקים דס"ל דאף לדעת רבי' האיי דפסק מרן כוותיה אפ"ה בשטר והגוף יורש דקודם למע"פ ואין מוציאין מידו כנ"ל:

אמנם הנה אמת דראיתי להרב פני יהושע האשכנזי בתה"ה סי' ד' דס"ל כדעת רבי' האיי דאם תפס המלוה בשטר לא מפקינן מיניה דסו"ל כמכר ואין מע"פ מוציא מתשעבדי יעו"ש והנה כי לענ"ד אין דבריו נכונים מ"מ יכול המוחזק לומר קי"ל כהרב כנה"ג שהבאתי למעלה שכתב כהרב פני יהושע וגם הסמ"ע הבין דבריו הרב פ"י כדבריו וכודאי דהמוחזק יכול לומר קי"ל ולא מפקינן מיניה כן נראה לי מיהו לדינא נראה עיקר כמו שכתבתי למעלה ודלא כהרב פני יהושע ודוק היטיב:

והנה כשיותי כזה אמרתי אעלה עלי כאר כאם קדם המאוחר ותפס אי מוציאין מידו המטלטלין ולא אית בה תקנת השוק או נימא דגם בזה איכא תקנת השוק ואף דבאמת דאנן לדידן דקיבלנו הוראת מרן ודאי דמוציאין מידו כיון דדעת מרן דלא שייך תקנת השוק בבעל חוב מאוחר מ"מ יש מקום לזה היכא דלא קיבלו הוראת מרן ותופסי דנגד הקי"ל אי יכול לומר קי"ל או לאו הנה ברור הוא דדעת מרן בסי' ס' דליכא ת"ה בבעל חוב מאוחר והסכימו בזה הרב מהריב"ל ומהרש"ך ומהרא"נ"ח והרדב"ז והסמ"ע ומהרח"ש בתשובותיהם יע"ש אך הרב מהרשד"ם בתשו' חו"מ סי' ע"א ול"ו ור"י וק"ח וגם המבי"ט בח"א סי' קע"ז ור"ל וח"ב סי' ס' וח"ג סי' נ' חלקו על מרן וס"ל דגם בבעל חוב מאוחר איכא תקנת השוק גם מהרי"ט ז"ל בח"א סי' קכ"ר וקכ"ח דעתו כאביו ז"ל גם הש"ך ז"ל בסי' ס' הכריע כהמבי"ט גם מהר"ם אלשיך ז"ל בתשו' סי' קכ"ר מבואר דעתו כהמבי"ט ומהרשד"ם ואף שכתב כמו שהכריח מה"ר בטור סי' ס' הדבר מבואר דט"ס הוא וכ"ל ודלא כמו שהכריח מה"ר בטור וכו' ויש להרגיש על הרב החבי"ב בסי' ס' דהוא שיה מונה הסברות הפוסקים דס"ל כמרן והאריך מכללא תשו' מהר"ם אלשיך הנז' והדבר קשה דכל ישר הולך בדברי הרב מהרמ"א יראה דאין דעתו כמרן וכודאי דט"ס נפל בדבריו וכמ"ש ועיין בהש"ך ז"ל סי' קכ"ו ס"ק ששינה להרב אלשיך יעו"ש גם הרב מהר"ש ן' חביב תלמיד הרח"ש ז"ל הובא בתשו' המבי"ט ח"א סי' קע"א ס"ל דאיכא תקנת השוק בבעל חוב מאוחר יעו"ש מעתה ודאי לתופסי הקי"ל שפיר יש לומר כהמבי"ט ומהרשד"ם ומהר"ש כ"ש ומהרי"ט והש"ך ומהר"ם אלשיך דסברי דאיכא תקנת השוק בבעל חוב מאוחר ואף דמהרשד"ם ז"ל בתשו' סי' שפ"ס כתב וז"ל אלא שראיתי להרי"ק בר"ו הפליג דברים בזה וכת' שחלקו על מי שרצה לו' שיש בב' כ"מ ת"ה

ח"ה הפך כל בעלי הוראה וא"כ בזה יספיק עדותו שאין לעשות מעשה ולומר שיש תקנת השוק בשני כ"ח וכו' יעו"ש ונראה דהרב ז"ל חזר בו כיון דתשו' זו היא אחרונה מספר תשובותיו וכמ"ש הרב המבי"ט בתשו' סי' ב' מח"מ אך לענ"ד ליתא דסמי חדא מקמי תלא והרבע ועוד דהרואה יראה דתשו' זו היא מוקדמת מספר תשובות הרב ז"ל דאכתי מרן ז"ל בחיים חייתו וכמ"ש עליו מהרשד"ם מהרי"ק נר"ו ובספר תשובותיו כתב מהרי"ק ז"ל משמע שכבר נתבקש הרב בישיבה של מעלה כנלע"ד ודלא כהרב המבי"ט ז"ל :

ומעתה יש להעיר על הרב לחם רב בתשובת סימן כ"ו שפסק כהב"י דאפילו תפס המאוחר מוציאין מידו וגם על הרב מקור ברוך בתשו' סימן מ"ה שכתב דאין לומר קי"ל כמהרשד"ם דמהרשד"ם יחיד הוא בדבר זה ולא שייך קי"ל והדבר קשה שהרי מהרשד"ם לאו יחיד הוא דהרי רבים אשר איתו בדבר זה גם מהר"ש הלוי בתשובה בחחו"מ סימן ח"י תפס כהב"י דמוציאין מיד המאוחר ולא זכשו מטעם קי"ל וליתא לענ"ד והנראה עיקר לדינא דיכול המוחזק לומר קי"ל ככל הני רבוותא דסברי שכן דורותי אלו היו רואים מהרשד"ם ומקור ברוך ומהר"ש הלוי כל הני רבוותא שכתבתי ודאי מודים דבכן דיכול המוחזק לומר קי"ל דאין לומר שכל כנ"ד מ"ש מהרי"ק כפרשיו דאין לומר קי"ל כפלוני כנאון היכא שכל חכמי ישראל חלוקים עליו דליתא מאחר דרבים קיימי בסברא זו גם הרב המבי"ט בכנה"ג סימן ס' הגב"י אות ס' וכתשו' חו"מ סימן ל"ח כתב דיכול המוחזק לומר קי"ל כס' האומרים דהיכא ח"ה בב"ח מאוחר . אמנם מ"ש שם הרב המבי"ט דמחוץ דברי הרשב"א ז"ל בתשובה סימן תתקי"ד שכתב ואפילו עשאן אפותיקי ומכרן אין ב"ח חוזר וגובה משם כל שכן כשנגבאן בעל חוב מאוחר וכו' יעו"ש נראה דס"ל דאף בבעל חוב מאוחר היכא ח"ה והקשה שם על מהרי"ט שכתב דלהרשב"א דס"ל דמתנה ליה בה ח"ה כל שכן בבעל חוב מאוחר דאין בו ח"ה דמה ישיב לתשו' הרשב"א סימן תתקי"ד שנראה ממנה דאף בבעל חוב מאוחר שייך תקנת השוק עכ"ל ודאה שהבין הרב דמ"ש הרשב"א ואפילו עשאן אפותיקי ומכרן אין בעל חוב גובה מהם היינו מכח תקנת השוק ועל זה כתב דכל שכן בבעל חוב מאוחר דאיכא תקנת השוק ואחרי כע"ר ליתא ואין כן כונת הרשב"א אלא שר"ל שאפילו שעבדם באפותיקי אין בעל חוב גובה מהם מהלוקח כיון דלא מיקרו ממון להשתעבד כאגב אפי' כשעשאן אפותיקי ועל זה כתב דכל שכן בבעל חוב מאוחר דאפילו מאן דס"ל בגמרא דבעל חוב מאוחר מה שגבה גבה בלקוחות מודה דמה שגבה לא גבה וכתב היכא דבלקוחות אמרינן דאין מוציאין מידו כל שכן בבעל חוב מאוחר דאין מוציאין מידו דבשטר אפילו היכא דעשאם אפותיקי כיון שאין משתעבדים הו"ל כמטלטלי שלא שעבדם באגב דהא אמרינן דמה שגבה לא גבה היכא נעילא דלא וכמ"ש הרב קודם לזה בדברי התו' לייסבם עם דברי הב"י ודברי מהרי"ט הם ברורים ואין סתירה כלל מהסיא דסימן תתקי"ד וכמ"ש ודוק גם מהר"ם ריקאנטי בביאו מבי"ט ח"ב סימן פ' ס"ל דיש תקנת השוק בבעל חוב מאוחר וצריך ממתנה יעו"ש :

והנה בדרך אגב ראיתי להרב מהר"ש הלוי שהרבה הרב ז"ל לתמוה על דברי הרשד"ם ולהוכיח כדעת מרן ז"ל ועם כי מה אני ומה חיי להכריע בין הרים הרמים מכל מקום יען כי ראיתי שאין ראיות הרב מכריחות לא אוכל להתאפק מלגלות דעתי הקלרה ולהציל אותו צדיק מהרשד"ם מכל תמיהות שתמה עליו הרב מהרש"ל הנז' תחילה וראה כתב הרב ז"ל דאי כדברי מהרשד"ם למה לא הזכיר הרא"ש בתשו' בעל חוב מאוחר שגבה וכו' וכי אשתמטתיה להרא"ש לומר ג"כ מטלטלי שהגבה לבעל חוב מאוחר כמו שהזכיר מכר או מתנה וכו' ע"ש ואחרי כע"ר אין זו כדאי לדחות דברי מהרשד"ם חדא דס"ל להרשד"ם דמ"ש הרא"ש דגם במתנה איכא תקנת השוק מכ"ש אתי הב"ח ולא הוצרך להזכירו וכמ"ש בסי' ע"ה יעו"ש וגם אפשר לומר דס"ל דאדרבה עדיף ב"ח גם ממכר וכמו שמצינו בש"ס דפליגי בב"ח מאוחר ול"פ בלוקח. וכמ"ש בסי' ר"י דאדרבה יש תקנת השוק שייך לתימר בב"ח וכו' ע"ש ולפיכך לא הוצרך הרא"ש לבארו דכ"ש הוא :

ומ"ש עוד מהרש"ל ועוד דהמעשה שהשיב עליו הרא"ש היה גבי משכן שהוא כמו מכר וא"כ אין ללמוד מן המעשה אלא כענין שהוא דומה לו דוקא ע"כ וגם זה לא מכרעא וכמ"ש דלא מבעיא דדומה שב"ח למכר ולמתנה אלא דק"ו הוא כדכתיבנא גם מ"ש עוד ועוד דאם כונת הרא"ש היתה דב"ח מאוחר איכא תקנת השוק הי"ל לגלות לנו דבר מזה משום דבתשו' הקודמת לזו כתב וז"ל אלמא אפי' מכר מטלטלין הב"ח גובה מהם כ"ש אם נכסים ב"ח מאוחר שהמוקדם מוציא מידו ודבר תמוה הוא איך סתם הדברים דב"ח מאוחר מוציאין מידו כיון שבתשו' הסמוכה לא כונתו לומר דמה שגבה גבה מפני תקנת השוק ומן הראוי היה שיגלה לנו שום דבר ויאמר ועפ"י שכתבתי למעלה דמה שגבה ל"ג היינו מדינא אבל מפני ת"ה מה שגבה גבה ע"כ וגם זה אינו תימה שהדבר ידוע שהרא"ש ז"ל לא כתב תשובותיו על הסדר וכמבואר בהקדמת הספר יעו"ש וא"כ י"ל דהרא"ש בתשו' קמייתא אכתי לא היה במקום שנתפשטה ת"ה ואכתי לא ידע הרא"ש ההיא כת"ס כ"א אחרי בואו לארץ ההיא ומשו"ה סתם הדבר ולא גילה גם מ"ש ועוד דאם כפי ס' הרשד"ם א"כ איך הוי כ"ש גביית הב"ח במאוחר ממכר שכתב הרא"ש והלא שקולים הם ובשלמא לס' הב"י ניחא שאי ליסנא וכו' אבל לס' הפוסקים החולקים אינו כ"ש ע"כ וכן ראיתי להרב מקור ברוך סי' מ"ה שרמס דברי מהרשד"ם והכריע כמרן מדברי הרא"ש שכתב וכ"ש בב"ח וכמ"ש מהרש"ל יעו"ש :

ויותר ממ"ש הרבנים הנז' יש לי לתמוה בדברי המבי"ט ח"ב סי' ה' שכתב וז"ל שהדין עם הב"ח המאוחר ואית ביה נמי ת"ה וכמ"ש הרא"ש ולפי הדין אפי' מכר מטלטלין ב"ח גובה מהם כ"ש אם נכסים ב"ח מאוחר שהמוקדם מוציאם מידו כמו במקרקעי משמע דקונה וב"ח שוים לפי הדין ע"כ והדבר קשה איך יביא ראיה הרב ז"ל שאדרבא היא הפך סברתו וכמ"ש הרבנים הנז' והולם לע"ד

נראה

נראה דודאי אזלי ומודו המבי"ט ומהרשד"ם דמכר עדיף מכ"ח מאוחר ואי אמרינן דבלקוחות מוציאין מידו הוי כ"ש כ"ה מאוחר האמנם דעתם ז"ל דכיון דכתב הרא"ש ההיא דת"ה גם במתנה הוי שכ"ח כמכ"ש דשייך ביה ת"ה ובודאי אלו היה הרא"ש כותב דין ת"ה דוקא במכר לא הוה ילפינן מיניה ההיא דכ"ח מאוחר דכ"ח גריע ממכר אבל לגבי מתנה עדיף הכ"ח וכמ"ש מהרשד"ם סי' ע"א ומהר"ם ריקאנטי הובא בהמבי"ט שם והמבי"ט עצמו אך מה שעומד לנגדינו ההיא תשו' דמהרשד"ם דסי' ר"י שנראה דעתו דאדרבה שייך ת"ה למימר בכ"ח כמו בלקוחות ויותר ע"ש ולפ"ז יקשה ההיא דכ"ש שכתב הרא"ש דמאי כ"ש הוא דהא שקולים הם והדבר צריך ישוב:

גם מ"ש מהרש"ל ועוד ק"ל על מהרשד"ם דאף אם הרא"ש בתשו' יאמר דאיכא ת"ה בכ"ח מאוחר חזינן דבפסקיו שהם הרא"ש דמה שנכנס ל"נ ולמה הרא"ש בפסקיו לא גילה לנו שום דבר מזה החידוש ואפשר דחזר בו ממ"ש בתשו' וקי"ל דהפסקים עיקר בערך התשו' עכ"ל וכהא אמינא דאחרי כע"ר דאין מקום לדבריו כלל דהא גם בשעבד מטלטלי אג"ק ומכר שתם הרא"ש ז"ל בפ' חזקת ולא כתב ההיא דת"ה כלל ואין זה נידון כאורה דהתם דקאי על דין אג"ק כתב הדבר בסתם ועוד שבתשו' כתב שמיום בואו לארץ ההיא ראה ההיא דת"ה ומקודם לזה אכתי לא ידע האי תקנה ובשלמא אלו היה הרא"ש כותב ההיא דת"ה בפסקיו במכר וסתם בההיא דכ"ח שפיר הוי מקום לדבריו אבל השתא דסתם הרא"ש גם במכר אם איתא דחזר בו הרב בפסקיו א"כ גם ההיא דמכר שכתבה בסתם פ' חזקת נאמר דחזר בו אלא ודאי דאין זה מקרי סתירה כלל וזה ברור. גם מ"ש עוד דאם כדברי הרשד"ם איכא לאתמוהי טובא מכנו הטור שבסי' ק"ד גבי כ"ח מאוחר לא הזכיר ת"ה עכ"ל בבר הרב התבי"ב בסי' ק"ד שנס"ט אות ל' הבליע וקו' זו בנעימה ע"ש גם כח"כ כתב על דברי הרב מקור ברוך ז"ל שהביא ראיה זו שאינה ראיה ע"ש בח"מ סימן ס' יעו"ש:

עוד כתב הרב מהרש"ל ועוד קלע"ר דמהרשד"ם עצמו בתשו' סי' קמ"ה כתב דאין לומר קי"ל כאותם גאונים שפסקו דמה שנכנס גבה בכ"ח מאוחר והוא עצמו פוסק כסברת אותם גאונים לגבי המטלטלים מפני ת"ה וקשה דבשהאחרונים חלקו על אותם גאונים על כל סברתם חלקו עליהם וגם לגבי המטלטלים עכ"ד ואני אומר אדתיקשי ליה להרב על דברי מהרשד"ם תיקשי ליה על דברי מרן וסיעתו דאיך יתכן שיהיו סברות הפוכות מן הקצה אל הקצה דהא לאותם גאונים שסוברים דמ"ש גבה בכ"ח מורים הם בלקוחות וטעמא כתבו התו' דהיינו משום כדי שלא תנעול דלת בפני לווין וא"כ השתא נמי דלא פסקינן כאותם גאונים מ"מ מאחר דעשינו ת"ה בלקוחות נימא גם בכ"ח מאוחר בדין כן וכדי שלא תנעול דלת דלא יגרע שכ"ח מלקוחות וכמו שסבירת הפ"מ בח"א סי' נ"ח ועו"ש ולדברי מהרשד"ם ל"ק כלל דמ"ש מהרשד"ם ההיא דת"ה בכ"ח מאוחר היינו אפי' לסברת האחרונים החולקים על דברי הגאונים וס"ל דמה שנכנס ל"נ היינו מדינא דג"מ אבל מההיא דת"ה מ"ש נגבה ובודאי דמדינא כשחלקו האחרונים על דברי הגאונים גם לגבי המטלטלין חלקו עליהם ובודאי גם השתא הדין כן אבל מכח התקנה כ"ע יודו וכדין הלקוחות ומתנה ואם כן מהרשד"ם לא נעשה פסין בש' הגאונים ולא פסק כמותם ומודה הרב דבמקום שלא פשטה התקנה אין לנו' קי"ל כאותם הגאונים ומוציאין מידו ודברים ברורים הם כמ"ש:

עוד כתב מהר"ש הלוי ועוד תמיה לי על מהרשד"ם וכי נעלם מאור תורתו תשובת הרשב"א סי' תתקכ"ט וסימן אלף וח' שכתב בפי' דמטלטלין ששעבד אגב מקרקעי הרי הם כקרקע וכו' וגם הס"מ בפ"ק בש' מלוה כ"כ וגם הר"ן בפ' מי שהיה נשוי וגם הרב בעה"ת שער מ"ג כ"כ ואם יאמר מהרשד"ם שאלו הרבנים כתבו דבריהם אלו כפי דין הש"ס אפילו הכי איכא לאתמוהי דאלו הרבנים אילו הוה ס"ל הכי לא הו"ל לכתוב בסתם ולומר שיש כאן דין קדימה כיון שמפני תקנת השוק אין להוציא מידם אלא ודאי דס"ל דמוציאין מהבעל חוב המאוחר שנכנס ע"ש שהאריך בזה:

ואני הצעיר תמהני על תמיהתו דבשלמא אלו היו הרבנים הנז' כותבין ההיא דת"ה במכר או במתנה ולא כתבו אותה בדין בעל חוב המאוחר שפיר הוי ראיה דמדכתבו במכר ולא בבעל חוב משמע דבבעל חוב ליכא תקנת השוק אבל השתא דלא כתבו כלל ההיא דתקנת השוק לא במכר ולא במתנה ואדרבא בתשו' הרשב"א שהביא הב"י בח"מ סימן מ"ז על ראובן שהודה בכת"י לנמואל וכו' ע"ש דמוכח בפשיטות דלית ליה תקנת השוק במכר שהרי כתב שם דבמטלטלין ששעבדם כאגב אין הודאתו כלום הודאה ואם איתא דס"ל ההיא דתקנת השוק אכתי נימא דמה לו לשקר כיון שהיה יכול למוכרם ולהוציאם משעבוד אשתו וא"א לה לטורפם מכח תקנת השוק אלא ודאי דלית ליה ההיא גם במכר והיינו טעמא שלא נתפשט אצלו עדיין האי תקנה גם הבעה"ת שמ"ג ח"א סימן ד' כתב דבמכר מוציאין מיד הלקוחות ולא הזכיר תקנת השוק כלל יעו"ש ומעתה מאין הרגלים לומר כדברי הרב דמאחר שלא הזכירו ההיא דתקנת השוק בבעל חוב מאוחר משמע דלית להו תקנת השוק בבעל חוב מאוחר הלא עיקר ת"ה גם במכר לא הוזכרה בדבריהם ז"ל גם הס"מ והר"ן בענין המכר לא הזכירו ת"ה כלל ואם איתא לדברי הרב תיקשי ליה למרן וסיעתו איך כתבו ההיא דת"ה במכר הלא הרא"ש יחיד הוא בדבר מאחר דהרשב"א ובעה"ת והס"מ והר"ן לא כתבו האי תקנתא אלא ודאי דבמקומם לא פשטה האי תקנה ולפיכך לא כתבום ואם כן אין מקום לדברי מהרש"ל:

ומעתה גם מה שהסכים הפ"מ בח"א סימן נ"ה מתשובת הרשב"א סי' אלף וקי"א ומדברי בעה"ת בשמ"ג ויעוש"ב אחרי כע"ר אינינו הכרח וכמ"ש גם דברי מהרש"ך ז"ל בח"א סימן נ"ה שהביא ראיה מתשו' הרשב"א דסימן מ"ז הנז"ל והובאה בב"י אה"ע סימן ק' דבמתנה ליכא תקנת השוק דבריו תמוהים דמתשו' זו נראה גם כן דגם במכר ליכא תקנת השוק ול"פ הרשב"א והרא"ש וכמ"ש ובכר השינו

הינו הרב מקור ברוך סימן מ"ה יעו"ש ועיין במהרא"נ"ח ח"ה סימן קכ"ב וכמ"ש יעו"ש ועיין בדברי החבי"ב סימן ס' הגב"י אות כ"א וכבר כתבתי למעלה מה שנלע"ד בכונת הרשב"א דסי' התקי"ר ע"ש :

עוד כתב מהרש"ל ומ"ש הרשד"ם בסימן ר"ו מתשובותיו דאדרבא תקנת השוק שייך למימר בבעל חוב מאוחר וכו' ונראה לע"ד דלא אמרינן תקנת השוק אלא היכא שעתה הוציא מעותיו מחדש לקנות אלו המטלטלים ואז אמרי דב"ח המוקדם יוציאם מידו יתבטל המקח וממכר מבין האנשים ומתנה דמי למכר בדבר זה אבל בב"ח דכשנתן מעותיו לא היה כחושבו ליקח מטלטלין והוא אינו סומך דעתו במטלטלין בשעת ההלואה וכמ"ש הטור ח"מ סי' קי"ג אם כן לא שייך ביה תקנת השוק עכ"ל הנה גם כאן כיון הרב ז"ל להשיג על דברי הרשד"ם שרומה דין ב"ח מאוחר למכר ודחה הרב דלא דמי וכמו שחילק וכ"ז פשוט ומה שהוכחתי לכותבו הוא מפני שראיתי להרב החבי"ב ז"ל בסי' ס' הגב"י אות ט שכתב וז"ל אפילו לדעת הסוברים דאף בב"ח מאוחר שייך תקנת השוק דוקא בב"ח שהוציא עתה מעותיו מחדש לקנות המטלטלין דאי אמרינן דב"ח המוקדם יוציאם מידו יתבטל המקח וממכר וכו' וכמחילה מכ"ת לא הבינותי דבריו כלל וכו' יע"ש שהאריך בזה וכנראה שמבין הרב דמהרש"ל ז"ל לחלק יצא בדברי מהרשד"ם ולא ודעתי מה ראה על ככה דדברי מהרש"ל ברורים ופשוטים וכמ"ש ואולי נסחא מוטעית נזדמנה להרב החבי"ב בדברי מהרש"ל שכתוב בה דוקא בב"ח שעתה הוציא מעותיו ולפיכך כתב מה שכתב ומלבד שזה דוחק עלוש שלא נדפסו תשו' הרב כי אם פעם אחר ואין שני עדיון קשה דהו"ל להרב להרגיש בזה כי הוא טעות הניכר וצ"ע :

ולעיקר דברי מהרש"ל אני אומר דאם איתא לחילוק זה א"כ גם במתנה היה לנו לומר דליתא לח"ה ומ"ש הרב ומתנה דמי למכר בדבר זה ליתא לע"ד כי האף אמנם שאמרו במתנה דאי לאו דאית ליה הנאה מיניה לא הוה יהיב ליה מ"מ זה הוא שההנאה לא נתן דעתו לקנות בהסיא הנאה אלו המטלטלין ולא שתב' דעתיה על המטלטלין בשעה שהנהו ובודאי מתנה דמי לב"ח בדבר זה ולא למכר כנלע"ד ברור ועיין בדברי הש"ך בסי' סנ"ו סק"ד ודוק :

עוד כתב מהרש"ל וגם מ"ש עוד דהוא מוכרח מתשו' הרא"ש ז"ל שכתב וראיתי לבטלו ולפי סברת הרב"י קשה למה הרא"ש רולה לבטלו הרי מועיל לנכי ב"ח וכו' אלא ודאי שדעת הרא"ש שח"ה שייך לומר בב"ח מאוחר ע"כ ואני אומר כי גם לפי סברתו קשה למה היה רולה לבטלו הרי מועיל לנכי שאם הגבה לב"ח מאוחר שטר א' שיש לו ללוה על אחר יכול הב"ח המוקדם להוציא מיד הב"ח המאוחר השטר שהגבהו הלוה מטעם שישעבד לו מטלטלי אג"מ וכמ"ש הרא"ש בכלל ע"ט סי' ח' והביאו בטח"מ סי' קי"א ואם לא היה כתוב שיעבוד מטלטלי לב"ח המוקדם לא היה יכול להוציא השטר מיד הב"ח המאוחר אלא ודאי וכו' עש"ב ואחרי נע"ר גם זו איננה קו' למהרשד"ם שאחרו עיקר טעמא דבשטרות לא עשו תקנת השוק היינו משום מילתא דלא שכיח היא וא"כ מטעם זה עצמו לא חש הרא"ש לבטלו כיון דזה דבר דלא שכיח ולא איכפת לן אם לא יוצא השטר מיד הב"ח המאוחר ובשלמא בב"ח מאוחר שקדם ונכח דהוי מעשים בכל יום שפיר איכא למימר כדברי מהרשד"ם ז"ל דלמה היה רולה לבטלו כיון דיועיל טובא אבל לענין שטר אין טעם להניח הדבר משום דבר דלא שכיח ולהזיק הבריות בדבר הרגיל שיתבטל המקח וממכר מבין האנשים וביולא בדבר י"ל דאף דיועיל לענין אם נתן כל נכסיו אפ"ה ראה הרא"ש לבטלו כיון דהוי דבר דל"ש ומשו"ה לא חש לה הרא"ש ורלה לבטלו :

איברא דאי קשיא לדברי מהרשד"ם הא קשיא דהא ודאי בשהנכסים ביד הלוה עצמו בשכתב לו אגב להמוקדם חזר דין המטלטלין בדין הקרקעות דהמוקדם קודם ואם כן אכתי קשה למה הרא"ש ז"ל רולה לבטלו דכיון דיועיל טובא לענין המטלטלין בשהם ביד הלוה עצמו אלא ודאי מאי אית ליה למהרשד"ם לומר דבשרלה לבטלו אף דיזיק לב"ח המוקדם בשהנכסים ביד הלוה לא איכפת לן מפני תיקון העולם וא"כ ה"ג י"ל לדעת מרן ומן תמיהא על מהר"ם הלוי שלא נרגש מזה וביולא בקו' זו אחת מולא דקשה על דברי מהרש"ך ז"ל בח"ה סי' ל"ס שרלה הרב ז"ל לסייע לדברי מרן ז"ל וז"ל דאם איתא דשיעבוד אגב לא מהני לב"ח מאוחר שגבה אם כן לא מהני מידי ומה תועלת בכתיבתו הואיל ולא למכר ולא למתנה ולא לב"ח לא מהני וכו' ע"ש והדבר ק' דמאי הכרח הוא זה דהאכתי מהני בשהנכסים הם ביד הלוה וכתב לו אגב דהמוקדם קודם וכדין קרקעות :

וראיתי להרב מהר"ם הלוי שם שהביא דברי מהרש"ך הללו וכתב עליו ואחה"מ אומר דלע"ד לא יש שום קו' דאדרבא שיעבוד אגב מהני טובא דמשום שיעבוד אגב שכתוב בשטר הב"ח המוקדם טורף המטלטלין שגבה המאוחר ממנו דאי לא הוה מהני במטלטלין אין בהם דין קדימה ואם לוה המאוחר לא מהני הוא בשביל שקדם לו אחר והנע עלמך וכו' יע"ש שהאריך בזה ואיני מבין דבריו כלל דכנראה שמבין הרב ז"ל בכונת מהרש"ך דק"ל דאם איתא דלא מהני לב"ח מאוחר עלמו שכתב לו אגב אם כן למאי אהני ליה ומה תועלת בכתיבתו ואם כנים הדברים הדבר תמוה דדברי מהרש"ך ברורים ופשוטים דכונתו דאי שיעבוד אגב לא מהני להוציא מב"ח מאוחר וכסברת המבי"ט ומהרשד"ם אם כן אמאי כותבים אותו אלא ודאי דבב"ח ליכא ת"ה וכדעת מרן וזה מבואר בדברי מהרש"ך וכ"כ בסימן ל"ז מח"א וכס"ג סי' פ"ב יעו"ש וכדי ליישב דברי מהרש"ל דלא לשוויה כטועה ח"ו אומר דאפשר דק"ל על דברי מהרש"ך כדקושיין וזהו שכתב דשעבוד אגב מהני וכו' דטורף המטלטלין שגבה המאוחר ממנו ר"ל דיטרוף המוקדם המטלטלין בשהם ביד הלוה קודם להמאוחר ממנו ואם לוה המאוחר לא מהני ר"ל ומאי דלא מהני אם גבה הב"ח המאוחר היינו משום שקדם וגבה אבל בשהם

עדיין ביד הלוה מהני לקדימה המוקדם מהכ"ח המאוחר ממנו אבל אמת אגיד שאין הולך דברי הרב מורים ע"ז וכמבואר למעיין בלשונו ועוד דאמאי לא ק"ל על דברי מהרש"ם בקושיין דבמעט דבוולא בקו' זו בפול חפול כדברי מהרש"ם ובדכתיבנא ודברי הרב צ"ע:

והנה ראיתי להש"ך בסי' ס' סק"ח שהביא דברי מהרש"ך דח"ב סי' פ"ג וכתב עליו ודבריו תמוהין אצלי דהא שפיר מהני לענין אם שם ביד הלוה גוכה המוקדם וגם י"ל דמסני לענין שטרות ובשאי גוונא עכ"ל והנה כמ"ש די"ל דמהני לענין שטרות אשתמיט להרב חשו' דח"א סי' ל"ס שדחה הרב כן להכרח שלו אבל באמת דהי"ל להרב לתמוה על ההיא חשו' דח"ב סי' פ"ג שמתחי' הכריח הרב כדברי הב"י מדכותבין אגב דאל"ס לא מהני ושוב כתב ורואה אני עוד לומר דאהני כתיבת שיעבוד אגב מלבד מ"ש הרב אהני נמי לענין מכירת שטרות וכו' ע"ש ואיך הרב סותר עצמו בתכ"ד שמתחי' הכריח מזה ואח"ך כתב דרואה אני וכו' ומזה נסתר הכרח שלו ואין לומר דכמ"ש הרב ורואה אני חזר בו מדבריו הקודמים חדא דאין לשונו מורה ע"ז וכמבואר ועוד דא"כ מה זה שכתב הש"ך וגם י"ל דמהני לענין מכירה שטרות דהא מהרש"ך עצמו חזר בו מטעם זה:

אמנם האמת דדברי מהרש"ך ברורים והוא עם מ"ש הרב עצמו בח"א סי' ל"ז וז"ל ויש לי דמות ראיה ע"ז דאם איתא למאי אהני כתיבת שיעבוד אגב אם כי האמת מי שירלה לבטל ראיה זאת יאמר המהני לענין שטרות אשיב ואומר כיון דטעמא דיכול לטרוף מהשט"ח הוי משום מילתא דל"ש א"כ איך אפשר שכותבין דבר דלא מהני מידי אלא למילתא דל"ש ובשלמא אי מהני לב"ש מאוחר דהוי מילתא דשכיחא ניחא עכ"ל ומעתה נתבארו דברי מהרש"ך שבח"ב דתחילה הכריח הרב לסברת הב"י דאם איתא לס' החולקים אמאי כותבין אגב ושוב כתב דרואה אני דיועיל גם לגבי שטרות ואין לו' דא"כ נסתר ההכרח הקודם דליתא דא"א שכותבין משום מילתא דל"ש וכמו שביאר בסי' ל"ז וקיצר הרב וסמך עמ"ש במקום אחר וכ"ז נעלם מהש"ך וכמבואר אמנם מאי דק"ל דמהני שפיר לענין אם הם ביד הלוה הנה אמת דק"ט:

והנה עלה ברעתי ליישב דברי מהרש"ם ז"ל והוא דס"ל להרב ז"ל כדעת הרא"ש דאפילו בשלא כתב לראשון שעבוד אגב אפילו הכי המוקדם קודם ולא אמרו דאין דין קדימה במטלטלין אלא בשקדם ונגבה אבל כשהם ביד הלוה עדיין יש קדימה למוקדם ושכן היא דעת הרמב"ן ז"ל הביאה מרן בח"מ סימן ק"ד תשו' א' וכתב הרב התבי"ב ז"ל בשיוח דח"מ סימן קי"ו שמתשו' הרא"ש לפי פשטא נראה כהרמב"ן יעו"ש ומעתה י"ל שפיר דרצה הרא"ש לבטלו כיון דלא יועיל כלום דבשהם ביד הלוה כלהו הכי המוקדם קודם לשיטתיה ז"ל דס"ל כהרמב"ן וכמ"ש הרב התבי"ב ז"ל האמנם דברי הרא"ש בתשו' אחרת נראים דלא ס"ל כהרמב"ן וכמ"ש התבי"ב בתשו' הנז' יעו"ש וגם דברי מהרש"ך הינם מתיישבים בזה דאבתי גימא דהאי שכותבין כן לאת י"ח בחולקים על סברא זו והינם ראיה לדברי מרן וכמ"ש הרב מקור ברוך בסימן מ"ה ויעו"ש בדבריו:

ואולם כתשבי באמתחות הפוס' שנה ראיתי להרב מחנה אפרים ז"ל בהל' גבית חוב סימן כ' שכתב וז"ל דאל"כ למאי הילכתא שעבדם לו אגב קרקע אם תאמר להיכא דלא הוציאם עדיין בלוה מידו שיהא לו דין קדימה וכמ"ש מהרימ"ט ח"ד סימן ד"ן והש"ך סימן ס' הא לאו מילתא היא דכי נמי לא כתב לו אגב הכי הוי דיש לו דין קדימה וכמ"ש הרשב"א סימן תתקי"ד וז"ל ואעפ"י שאמרו יתומים שגבו קרקע בחובת אביהם אין בעל חוב חוזר וגובה מהם וכו' הכא שאני ששיעבד ראובן אביהם לשמעון ולוי מטלטלין כפי' גם הרמב"ם פי"ז מהלכות אישות דין ח' כתב וכו' וכתב שם הה"מ שאף על פי שלא כתב אגב הלא מטלטלי ומקרקעי גובה שוא מן הדין מן היורשים וכן כתב הרשב"א וכו' הרי מבואר דכל ששיעבדם בפי' מדינא משועבדים ואפילו שלא באגב וגם הטור אה"ע סימן מ' הביא דברי הרמב"ם הנז' ע"ש עכ"ל הנך רואה שהמח"א ז"ל החזיק במעוז סברתו של מהרש"ך ז"ל ודחה דברי הש"ך ומעתה גם דברי מהרש"ם ז"ל קמו עמדו כליכיונן ובקומתן ולא תיקשי ליה בקושין שבותת הרא"ש שכתב וראיתי לבטלו שהיינו שרלה לבטל רוקא מה שכותבין אגב אבל שיעבוד המטלטלין בכלתי אגב בדקאי קאי כדי להועיל כשהמטלטלין הם ביד הלוה עצמו וכמ"ש הרב:

האמנם כל היוד המרבה לברוק ראה תראה דהא מילתא שכתב הרב לאו מילתא דפשיטא היא חדא שהרי מצינו להרדב"ז בתשובת החדשות בח"א סימן קי"ב שכתב בשם הרא"ה ז"ל דפליג ארשב"א וס"ל דגם שעשה אפותיקי להמטלטלין אינו גובה מן היורשים יעו"ש ועוד שהרי הדבר מבואר בטח"מ סימן קי"ר ס"ר דגם אם עשה מטלטלי אפותיקי אין להם דין קדימה אפילו בעודן ביד הלוה שכתב וז"ל וכן לענין קדימה אפילו עשה מטלטלין אפותיקי מפורש בשטר לראשון גובה מלוה שלאחריו כיון שהשעבוד לא חל על המטלטלין אין בהם דין קדימה עכ"ל ומ"ש בבית חדש ובפרישה ובסמ"ע סקט"ז שביארו הדבר בפי' שאפילו באו שניהם באחד חולקים ואין להם דין קדימה זה על זה ע"ש ואם כן נפל פותא בבירא שהטור ז"ל שהביא דברי הרמב"ם באה"ע סימן ק' ובח"מ סימן ק"ז היינו נופיה בסימן קי"ז ס"ל דאפילו שעבד להמלוה מטלטלין אפילו הכי לית ליה קדימה וחולקים ואם כן מעתה נוכל לומר דגם לרשב"א והרמב"ם שכתבו דאם כתב לו ושעבד גובה מן היתומים מודו דלגבי בעל חוב מאוחר אין בו דין קדימה דרוקא התם כיון דהקנה עמו שינכה מהמטלטלין בחייו ובמותו וכמבואר בהרמב"ם שכ"כ ועיין בנר"ח דף קנ"ח ובכנה"ג סימן ק"ז הגב"י אות כ"ט כתב דגם להרשב"א הדין כן מהני תנאי לגבות מהמטלטלין שלאחר מותו אבל לגבי בעל חוב אף דשעבד לא מהני תנאה כיון דליתא לאו קלא ורא"ים מהטור שהביא כ' הדינים הנראים דסתרי אהדדי לפי דעת המח"א ומוכרח הדבר כדכתיבנא ולא יהא אלא מחלוקת הדרא קו' הש"ך לדוכתא דמאי מכריח הרב לדברי מרן שלא שפיר י"ל דכותבין כן לצאת י"ח כל הפוס' וכמש"ל

מדבריו

מדברי הרב מקור ברוך בסימן מ"ה ועו"ש ומכ"ש דלע"ד הדבר ברור דגם הרשב"א והב"מ מודו בזה וכדבתיבנא ואם כן חזר הדין דגם דברי מהרשד"ם מוקשים ועומדים דאיך רצה לבטלו הלא יועיל היכא שהמטלטלין הם ביד הלוה וכמ"ש דליכא למימר שהרא"ש ז"ל ס"ל דכשעבוד לבד מהני לגבי אם הם ביד הלוה ורצה לבטל מה שכותבין הנב דוקא וכנז"ל דבודאי לא ימנע הטור ז"ל מלהזכיר דברי אביו ולחלוק עליו אלא ודאי דליתא ועיין בתשו' הרא"ש כלל פ"ו סימן י"א ומעתה דברי מהרשד"ם ומהרש"ך נריכים ישוב וגם דברי הרב מחנה אפרים צ"ע:

וראיתי להרב גידולי תרומה שם בדקל"ה שכתב וז"ל אבל אי לא אקניתהו באגב נראה דאפילו פירש בהדיא מקרקעי ומטלטלי כיון דליכא טעמא דקלא לא מפקינן מיד המאוחר ודיינינן בה אין דין קדימה במטלטלין וכו' ע"ש וכונת הרב ז"ל כ"ל לאפוקי מסברת הרב מחנה אפרים דס"ל דבשעבד מטלטלי איכא דין קדימה כששם ביד הלוה וקמל"ן דלוקח כיון דליכא טעמא דקלא ומ"מ לא מפקינן מיד שמאוחר להו למימרא דאם קדם וגבה אין מוציאין מידו אלא דר"ל דאין מוציאין מהוקתו ויכבינן למוקדם אלא דחולקים והכנה"ג בסימן ק"ר הגה"ט אות י"ח הביא דברי סנד"ח הנז' וכתב והוא דבר פשוט ואפשר לומר דכונתו היא כמ"ש לאפוקי מסברת הרב מחנה אפרים וק"ל ועיין במ"ש הטור ח"מ ריש סימן קי"ג ומ"ש עליו הבית חדש ובדרישה ובסמ"ע ובש"ך ע"ש ודוק גם את זה ראיתי להרב הדרישה ז"ל בח"מ סימן ס' שהביא דברי מהרשד"ם בסימן ק"ח שסבריה דעקו דאיכא בבעל חוב מאוחר תקנת השוק יעו"ש והרב הדרישה דחה כל דבריו יעו"ש והמעיין בתשו' מהרשד"ם בסימן ע"א ימלא שכל דחיות הדרישה דחאם הרב ז"ל באמת תבנין ועו"ש:

ואיך שיהיה מ"ש לעיל דלתופסי דנל הקי"ל יכול המוחזק לומר קי"ל בהני רבוותא דסברי דאיכא תקנת השוק בבח"מ הדין דין אמת כיון דבמה מרבוותא הכי ס"ל ואף שראיתי להרב מקור ברוך שם בסימן מ"ה שכתב דכיון שהוא ספק היכמרן היכמהרשד"ס יד בעל התקנה על התחתונה ואפילו הוא מוחזק מוציאין מידו יעו"ש וכן כתב בסיומא דפסקא וז"ל אי משום דלא שייך תקנת השוק כדברי רוב האחרונים ומהרשד"ם יחיד הוא כרבר ולא שייך קי"ל אי משום דאפילו למהרשד"ם מדינא דמוקדם זוכה ואם כן הוא"ל ואיכא ספיקא יד בעל התקנה על התחתונה ויעמוד הדבר על דין תורה עכ"ל ואם כן שפיר יש ליישב דברי מהרא"ר"כ ומהרש"ל דלא זוכה למחזיק מטעם קי"ל מ"מ לדינא כיון דרבים קיימי כש' מהרשד"ם מי יוכל להוציא ממון נגד כל הני רבוותא ובודאי דיכול לומר קי"ל כיון דרבים מסכימים לזה אך למעשה הדבר צ"ע ועיין בספר הלכה למשה בהלכות גניבה פ"ה דין כ' וט' ע"ש ודוק ועיין בש"ך ח"מ סימן נ"ו סק"ט מ"ש ע"ד מהריק"ו ועו"ש.

עוד ראיתי להרב משר"ש הלוי שם בתשו' הנז' שהביא דברי מרן כמ"ש וז"ל ומתוך זה יתבאר לך שמ"ש רב"י וכו' שזהו דוקא במטלטלים שנתברר הדבר בעדים שהיו בידו קודם שלוה מן הב' אבל אם לא נתברר כן מחזיקינן להו בלוה ולוה ואחר כך קנה דקי"ל דיחלוקו וכו' ע"ש וכתב הרב ז"ל והואיל ואתא לידן האי לישנא אמינא דמספ"ל אם יהיה הדין ג"כ במקרקעי דאם קנה קרקעות ומספ"ל אם היו בידו קודם שלוה מן הב' או לא אי מחזיקינן להו בלוה ולוה ואח"כ קנה ויחלוקו וכו' או כאמר דדוקא גבי מטלטלין הוי דינא הכי אבל גבי קרקעות לא והביא ראיה הרב מדברי הטור ריש סימן קי"ג ומדברי בעה"ת שע"ג ח"ד יעו"ש שהאריך:

ולא ידעתי מה נסתפק הרב בזה שהרי דין זה מבואר בטור סי' קי"ב ס' ה' שדעת הרמב"ן שמעמידין הנכסים ביד המוקדם והטור חולק עליו וס"ל שיטול המוקדם ג' חלקים והמאוחר רביע יעו"ש ובודאי כיון שסב"י כ' דבסתמא מחזקינן בלוה ולוה ואח"כ קנה ומדברי הטור שם נראה דלפחות המוקדם נוטל ג' חלקים בודאי מוכרחים אנו לומר דלא כתב כן הטור שם אלא דוקא גבי קרקע אבל במטלטלין לא הן אמת שהרב מהרח"ש מח"ה סי' כ"ד נתקשה ע"ד מרן ממ"ש הטור בסי' קי"ב וכתב שם ואין לומר דההיא דוקא גבי קרקע שהרי מתשו' הרשב"א שהביא הב"י בסי' ר"ן נראה דמיירי אפילו במטלטלים יעו"ש האמנם לדברי מרן שפסק הדין במטלטלין דמחזקינן להו בלוה ולוה ואח"ך קנה מוכרח דיעמידה הרב לההיא דסי' קי"ב דוקא בקרקעות ואם כן איך נסתפק הרב לדעת מרן ואף שנאמר דדעת הרב כדעת הרכנה"ג בסי' ר"ן שהעמיד הרב לההיא דסי' קי"ב דדוקא בבריא ובריא אבל בשמדבר בספק לא יעו"ש בהגב"י אות קט"ו מ"מ הו"ל להרב להביא להאי דסי' קי"ב ולחלק ומה גם דמהריב"ל ז"ל ח"ה סי' ס"ח כתב וז"ל ואפי' בכ"ד דהוי ספיקא אם קנה אחר שנשא ולוה או שנשא וקנה ואח"ך לוה מ"מ כבר כתבו הפו' שכתבי שמודה המאוחר אל שקודם יקח המוקדם וכשאר החצי חולקים ע"כ הרי שהרב דן היכא דהוי הדבר בספק מההיא דסי' קי"ב גם הסמ"ע הביאו הכנה"ג שם בסי' ר"ן שוכר דגם שהיא דסי' קי"ב בטוענין שמא יעו"ש ואיך הרב סתם הדברים כ"כ והביא עלות מרחוק להכריע הדברים ולדעתי הדבר פשוט מההיא דסי' קי"ב ולפחות הו"ל להר' להזכירה והדבר צ"ע:

ובהיותי עסוק בזה ראיתי בס' דורש משפט בסי' ק"ד שכתב וז"ל כ"י כמחו' ז' מחזקינן להו וכו' ממ"ש סי' קי"ב נתבאר שיטול הא' לפחות ג"ח אלא שאני הכא דאם תפס כתב הטור דאין מוציאין ממנו יעו"ש מהר"ש ן' חסון עכ"ל ובודאי דלדידיה אנו לומר לדעת מרן שהוא מחלק בין קרקע דסי' קי"ב למטלטלין ואף דמהרח"ש בסי' הנז' ומהרימ"ט ח"ח סי' קכ"ח דחיקא להו מילתא מההיא דהרשב"א בסי' ר"ן דאיירי במטלטלין ככר חילקו המפרשים להאי דהרשב"א באופנים שונים יעו"ש בכנה"ג בסי' ר"ן באורך וק"ל · איך שיהיה דעת מהריב"ל בסי' ס"ח כדעת מהרימ"ט בסי' קכ"ח דלא מחזקינן להו בלוה ולוה ואח"ך קנה אלא דוקא היכא דתפס המאוחר אבל היכא דלא תפיס והם ביד הלוה אמרינן דיטול המוקדם ג"ח

וגם

וגם מהרשד"ם בסי' ר"ב ור"ח לא כתב אלא היכא דתפיס יעו"ש אבל בשלא תפס לא נתבאר דעת הרב בפי' אך מדבריו דסי' ק"ב יש לדקדק דס"ל דאין הדין שוה גם בלא תפס יעו"ש ·

ויש להרגיש על הרב החבי"ב שכתב וז"ל בהגהות ב"ח ומתוך זה יתבאר וכו' ע"כ וכ"כ בשכ"ה וכ"כ הרשד"ם סי' ק"ב ק"ח קמ"ח ומהריב"ל ח"א סי' ס' וכו' ע"ש ונראים הדברים דדעת הרבנים אלו כדעת מרן ממש וכודאי דליתא כי לא כתב מהריב"ל בסי' נ"ו אלא דוקא מדתפיס אבל בלא תפיס לא וכמ"ש בסי' ס"ח וגם ממהרשד"ם אין ראיה ויותר יש לומר דפליג על מרן בדלא תפיס ואולי כי מ"ש הרב וכ"כ מהריב"ל והרשד"ם היינו דוקא על מה שפסק מרן דבדתפס אין מוציאין מידו אבל מה שהביא הא"ך דברי מהרימ"ט בסי' קכ"ח לא משמע הכי וגם שאר הפוסקים שהביא הרב דעתם כמרן ממש יעו"ש וק"ל ·

והנה בענין שמתנה נראה דעת הרא"ש דאיכא ח"ה וכן הבין מרן ז"ל בסי' ס' ובסי' שכ"ו יעו"ש אך רואה אני להרב ראש יוסף ז"ל סי' ס' שכתב וז"ל אבל מ"מ לדברי הרא"ש יש קצת לעיין דכיון דאמר דבשטרות לא שייך ח"ה וכו' א"כ במתנה נמי מאי ח"ה שייך בה דאמר דלא יטרוף ואולי דמ"ש שמכר ונתן לפוס ריהטא כתביה אבל אין הדין כן כיון דליכא בה ח"ה אבל מדברי הב"י לא משמע הכי אלא שבדיוק כ"כ וכו' ע"ש שנך רואה שהרב ז"ל מבין שמה שכתב הרא"ש הדין גם בנתן לאו בדיוקא נקטיה וכן מתבאר הדבר מדברי הרב משפטי שמואל בסי' ל"א שכתב וז"ל ואין לומר דסוף סוף חיישינן בה מפני ח"ה דמשום זה אם מכר מטלטלין חשוב מכר ולא מפקינן מיניה דהרי כתב הרא"ש דמי שמכר שטרו לאחר אין במכירה שביה ח"ה משום דלא שכיחא וה"ה נמי לגבי מתנה וכן מלאתי חילוק זה בפסקי מהריב"ל נר"ו וכו' עכ"ל ולכאורה הדבר תמוה שהרי בפי' כתב הרא"ש דבמכר או נתן איכא ח"ה ואיך ילמוד הרב מההיא דשטרות למתנה מה שאין כן דעת הרא"ש בבירור אלא ודאי מוכרחים אנו לומר דדעת הרב כדברי הראש יוסף דהרא"ש לא בדיוקא נקט לה ודלא כמרן ז"ל ·

וכן אתה מוצא להרב הגדול הרשב"ש ז"ל בתשו' בסי' רמ"ה שכתב וז"ל ומיהו הרא"ש כתב בתשו' שלפי המנהג אין מוציאין המטלטלין מיד הלקוחות וכו' ובמתנה נמי מאי חששא איכא מה חסרו מה הזיקו אם אתרנו במוכר נאמר במקבל מתנה וכו' והוא עצמו כתב שבמוכר שט"ח לא שייך מנהג זה כמ"ש בטור סי' ק"א והנה הדבר מוכרע מעצמו שאם בקונה שט"ח שנתן מעותיו אנחנו מאבדין זכותו כ"ש במקבל מתנה שלא חסר כלום וכו' עכ"ל גם דברי הרב נראים תמוהים איך ישאום הדבר שנראה דדעת הרא"ש דבמתנה ליכא ח"ה והדבר מבואר להפך בהרא"ש ועם שנאמר דהרב ז"ל רב גוברים ויתכן דפליג על דברי הרא"ש מ"מ הו"ל להרב להביא בפי' דברי הרא"ש שב' דבמתנה איכא תקנת השוק· ולפלוג עלוה וכודאי יותר אנו צריכים לומר דהרב ז"ל ס"ל כהרב ראש יוסף דהאי שכתב הרא"ש אגב ריהטא דקולמוסא כתבים ואין הדין כן וקיבל הרב וסמך על המעיין וכך הם דברי הרב דרכי משה בסי' ס' שכתב על דברי מרן וז"ל ובתשו' הרא"ש כלל ע"ט סי' ה' משמע כדברי הרשב"א עכ"ל ותשו' הרא"ש דסי' ע"ט סי' ה' הך תשו' דשט"ח שלמדו הימנה הרשב"ש והרב משפטי שמואל והרב ראש יוסף ומוכרח הדבר דס"ל להד"מ כוותייהו דאין ראיה מההיא דכתב הרא"ש או נתן דמההיא דשט"ח אנו למדים בק"ו וכודאי דלאו דוקא וכדברי הראש יוסף ז"ל ·

אבל ראיתי להש"ך ז"ל בסי' ס' סק"ו שכתב וז"ל וכתב בד"מ דבתשו' הרא"ש כלל ע"ט סי' ה' משמע כדברי הרשב"א עכ"ל ונ"ל דלא כיון יפה דז"ל הרא"ש שם אבל בכתובת ש"ח לא שייך ח"ה וכו' והבין הד"מ דר"ל דבמתנה מילתא דלא שכיחא היא וזה אינו שהרי לעיל מיניה כתב דגם בנתן מטלטלין אין מוציאין ממנו מפני תקנת השוק וכמ"ש הטור כאן בשמו וכו' יעוש"ב ואחרי נשיקת עפרות רגליו יפה כיון הד"מ לדעת הגאונים הנז' דס"ל דמההיא דש"ח אף שכתבה הרא"ש במכר שט"ח איכא למילף מינה למתנה ומ"ש הרא"ש בנתן לאו דוקא קאמר וכס' הראש יוסף דהרי ק"ו שדברים מההיא דשטרות וכדכתב הרשב"ש והדבר ברור דהרשב"ש והד"מ ומ"ש והרו"ש כולהו בחדא שיטה קיימי וכולם נתכוונו בסגנון אחד וזה ברור וק"ל ·

איברא דאי קשיא לדברי הרבנים הנז' הא קשיא טובא שהרי כתב הרא"ש בתשו' והביאה הטור ז"ל בסימן ל"ט סע"ו דבמכר או נתן איכא תקנת השוק ועיקרא דהרב ז"ל היא במתנה וקפסיק הרב ז"ל דאיכא תקנת השוק מלבר בההיא עובדא דנתן כל נכסיו דאומדנא דמוכח היא דלהבריח נתכוון וליכא תקנת השוק יעו"ש דהדברים מבוארים ומכוררים דדעת הרא"ש דבמתנה איכא תקנת השוק ותמהה מ"ש הרא"ש באותה תשו' שהביא הטור סימן ס' או נתן ודאי דבדוקא נקט ואיך יכתבו הרבנים הנז' כדעת הרא"ש דליכא תקנת השוק במתנה הן אמת יש ליישב דברי הרשב"ש בדוחק עלום כיון דרב גובריה ז"ל שהוא מהראשונים ז"ל אפשר דלהלך ילא על דברי הרא"ש שאף שב' דבמתנה איכא תקנת השוק אין הסברא כן דמה חסרו ומה הזיקו אף שהו"ל להרב ז"ל להביא ההיא דהרא"ש וליפלוג עליה שבקיה לסרב דדחיק ומוקי אנפשיה

אכן אנן מה נענה בתרייהו דהאחרונים דאיך אפשר דיחלוקו על דברי הרא"ש ולסתום דבריהם כ"כ ובודאי דהדבר תמוה אוברא דיכולני לפרש דברי הרב משפטי שמואל שכונתו היא דבנדון הרב ז"ל איירי שנתן חזקת חצר לשמעון וכתב האלמנה לגבות משמעון החזקה הנז' ועל זה כתב הרב ואין לומר דחיישינן מפני תקנת השוק דהרי כתב הרא"ש דמי שמכר שטרו לאחר אין במכירה ההיא תקנת השוק משום דלא שכיח וה"ה נמי לגבי מתנה וכונת הרב דמתנה דנ"ד שאני שהיא חזקה דאף דדינא דחזקה הויא כמטלטלי מ"מ לענין זה דתקנת השוק ודאי ליכא תקנת השוק ודמי להאי דשט"ח דלא שכיח וה"ה נמי לגבי מתנה דנדון

דידים

דויה דהוי חזקה כיון דלא שכיחא לית בה תקנת השוק ובהכי ניחא מ"ש הרב וכן מצאתי חילוק זה בפסקי מהריב"ל דכיוון הרב ז"ל למ"ש מהריב"ל בח"ב סימן ע"ה וז"ל אפילו למאן דס"ל דהוו כמטלטלין וכו' אבל בחזקות לא אמרינן הכי כי היכי דלא אמרינן בקנין הקרקעות עכ"ל ומעתה גם הרב מ"ש לא כתב דבמתנה ליכא תקנת השוק אלא בנ"ד דהויא חזקה אבל בשאר מתנות מטלטלין יודה הרב ז"ל דדעת הרא"ש דאיכא תקנת השוק וכמבואר בדברי הרא"ש אך דברי הר"מ והדברי ראם יוסף נראים תמוהים דאיך הבינו בדעת הרא"ש דליכא ת"ה במתנה

ולע"ד דיותר הו"ל להש"ך לתמוה על דברי הר"מ מההיא תשו' דסי' ל"ט דשם מבואר בכ"י דעת הרא"ש דבמתנה איכא ת"ה דמההיא דסימן ס' אין ראיה די"ל דלאו בדוקא נקיט הרא"ש היא דנתן וכדעת הראם יוסף אבל מההיא דסימן ל"ט ק"ט ואפשר שזה לע"ד ליישב דברי הר"מ ובזה דודאי ידע לה הרב ז"ל להאי דסימן ל"ט ודעת הרא"ש דבמתנה איכא תקנת השוק אמנם כונתו היה לומר דמתשו' הרא"ש דכלל ע"ט סימן ה' שכתב בההיא דמכירת שט"ח דלית בה תקנת השוק משמע כהרשב"א וכונתו כמ"ש הרשב"ש דבדברים ק"ו ומה במכירת שט"ח דנתן מצותיו מאחרין זכותו כל שכן בשקבל מתנה שלא חסר כלום ובמעט שכיוון הרב להקשות על דברי הרא"ש דבסימן ל"ט וגם בסימן ס' נראה דעתו ברור דס"ל דאיכא תקנת השוק במתנה ומההיא תשו' דכלל ע"ט נראה כהרשב"א ובקו' הרשב"ש ובקושית הראם יוסף זה נראה ליישב דברי הר"מ אך דברי הראם יוסף אכתי תמוהים דנראה ברור מדבריו דדעת הרא"ש ז"ל דבמתנה ליכא תקנת השוק ומ"ש בתשו' דסימן ס' ריהטא דקולמוסא הוא ואין הדין כן ובאמת שהדבר תמוה דדברי הרא"ש בההיא דסי' ל"ט קרי במיול דאיכא תקנת השוק וגם במתנה ושם א"א לומר דריהטא דקולמוסא וכמ"ש הרב ועלה על דעתי ליישב בדוחק דאפשר לומר דכונת הרא"ש דסימן ל"ט היה לומר דאף שנאמר דאיכא תקנת השוק במתנה אפילו הכי מטעם אחר לית בה תקנת השוק משום דכיון שנתן כל נכסיו ודאי דלהבריחם מבעל חוב עשה כן ולית בה תקנת השוק ולרווחא דמילתא כתב כן דאף דנימא דמה שא"ל דבהנו דאין טורפין מבעל חוב שמכר או נתן הוא בדוקא וגם בנתן איכא תקנת השוק בנ"ד ליתיה מטעם דכתב כל נכסיו אבל אם באמת היה שהדבר דנתן מקצת נכסיו וליכא טעמא דלהבריח לא הכריע הרא"ש ואפשר לומר דבמתנה ליכא תקנת השוק ומתמת דאיך שיהיה בנדון הרא"ש ליכא תקנת השוק לא דקדק הרא"ש ז"ל בדבר ואלו היה נדון הרא"ש במתנה במקצת היה מדקדק הרא"ש אי מה שאמרו שנכנו ת"ה בנתן אי בדוקא הוא או לאו דוקא ואפשר דהוה יליף לה מק"ו מההיא דשט"ח דליכא תקנת השוק במתנה זה נראה לומר בדעת הרב ראם יוסף אך באמת זה דוחק עצום מאד לו' כן והדבר צ"ע:

האמנם רואה אנכי להרב המבי"ט ז"ל בח"ג סימן ג' שהביא הרב לתשו' הרשב"ש ז"ל הנז' שכתב והרי הלכה זו רפופה ביד הרא"ש והוא עצמו כתב שמוכר שט"ח שייך וכו' וכתב אח"ז לא ראינו מי שכתב בענין אם יש בה תקנת השוק אם לאו אלא הרא"ש שכתב בה ת"ה והרשב"א ז"ל וגם הרב בן הרשב"ץ סובר שאין בה ת"ה מלשונו שאפילו הרא"ש תקנה זו רופפת בידו עכ"ל גם בח"א סימן קע"ז הביא הרב להדיא תשו' הרשב"ש וכתב והאריך בזה וכדעת הרא"ש ז"ל ע"ש הנה נראה ברור דהבין הרב המבי"ט ז"ל בכונת הרשב"ש דר"ל דאף דהרא"ש כתב דבמתנה איכא תקנת השוק מכל מקום אין הדבר פשוט אכלו כל כך דמההיא דשטר חוב נראה דליתא ומכח ק"ו שעשה הרב ז"ל ואם כן לדבריהם אנו לומר דהלכה זו רופפת בידו כיון שדבריו במעט סתרי אהדדי ובהכי ניחא בפשיטות דברי הר"ן שכונתו דמההיא דכלל ע"ט כו' כהרשב"א ואם כן הרא"ש עצמו אין דבריו פשוטים דבמתנה איכא תקנת השוק וכיוון להשיג על דברי מרן דפשיטא ליה דבמתנה איכא ת"ה וע"ז כ' דלאו מילתא דפשיטא היא דהרא"ש וכדברי הרשב"ש ולהכי הרב המבי"ט ז"ל פסק באותה תשו' דח"ג סימן ג' כהרשב"א דבמתנה ליכא ת"ה ולאפוקי מיד המוחזק ולא מש לבא דהרא"ש משום דלהרא"ש אף שכתב באותה תשו' שהביא הטור בסימן ס' ובסימן ל"ט דאיכא ת"ה במתנה מכל מקום מההיא דשט"ח דכלל ע"ט נראה להפך דק"ו הוא ואם כן הלכה רופפת בידו וא"כ לא שבקינן פשיטותייהו דהרשב"א והרשב"ש ואזלינן בתר דברי הרא"ש דאיהו גופיה מספ"ל ואין ולאו ורפויא בידיה ומשום הכי פסק כהרשב"א והרשב"ש. ואף שבאמת כבר העד העיד בנו שאיש הדוכי הארץ מרן ז"ל בסימן ס' שחכמי דורו של הרא"ש הסכימו ע"י דבמתנה איכא ת"ה כמו במכר וא"כ איך נוציא מהמוחזק נגד חכמי דורו של הרא"ש ז"ל מכל מקום אפשר לומר דהמבי"ט ז"ל באותו תשו' עדיין לא ראה דברי מרן שכ"כ ולא שמעה להאי סהדותא דכתב מרן:

ובהכי ניחא מה שתמה הרב החבי"ב ז"ל הנכ"י הוא כ"כ וז"ל אבל המבי"ט ז"ל בח"ג סימן ג' פסק כהרשב"א וגם ראיתי למהר"י אדרבי בסימן רי"ט ורכ"ח כתב בפשוט דבמתנה לא עשו תקנת השוק ותימא למה תפסו בפשוט כהרשב"א ז"ל במקום הרא"ש וחכמי דורו ולא יהא אלא מחלוקת שקול יכול המקבל מתנה לומר קי"ל כהרא"ש וחכמי דורו וכו' ע"כ ומה שהק' מס' הרא"ש הדבר ברור כדכתיבנא דהרא"ש עצמו לא ברירא ליה וכמ"ש הרשב"ש ומה שהק' מחכמי דורו יש ליישב כדכתיבנא שהרי המבי"ט כתב שם ולא ראינו מי שכתב בענין המתנה אם יש בה תקנת השוק אם לאו אלא הרא"ש ע"ש הרי דלא שמיע ליה להרב מי שכתב כן ואלו ידע האי סהדותא דמרן לא יכתובנה תחת לשונו כנ"ל ברור:

ומה שהקשה הרב על דברי מהר"י אדרבי אחרי נע"ד כונת מהרי"א היא דבנ"ד איכא כמה טעמי דליכא תקנת השוק חדא דבנ"ד שנתן כל נכסיו הוי מילתא דלא שכיחא וכההיא דשט"ח ועוד כיון דא"א הדבר להתברר נחזור לדין תורה ועוד נראה דליכא ת"ה במתנה וראיה מתוס' דכתובות ועוד דבנ"ד גם הרא"ש בסימן ל"ט יודה דליכא ת"ה דאומדנא דמוכח היא דלהבריח נתכוון ומעתה אין תימה על דברי מהרי"א שהוא ז"ל לא תפס בפשיטות

פשיטות דבמתנה ליכא תקנת השוק נגד הרא"ש אלא שכוונתו דבכ"ר מכמה טעמי ליכא ת"ה חדא משום שנתן כל נכסיו ועוד דהסברא דליכא במתנה תקנת השוק ולא דמי למכר וכמ"ש הרשב"ם ז"ל דבמתנה ליכא תקנת השוק דמה חיסרו ומה היזיקו וא"כ מכמה טעמי דן את הדין דבכ"ר דליכא ת"ה ובודאי אלו היה נדון הרב ז"ל במתנה במקנת שיש חוזר הדין דפלוגתא דרבוותא בין הרא"ש והתו' והרשב"א וו"ש הרב כאן לסניף בעלמא דבכ"ר הדין דין אמת והיא דפי' רי"ט כבר ושכח הרב החבי"ב :

ומעתה הבא נא אבוא לספק הנ' דאם בא ב' לגבות בא' ולא כתב שעבוד אגב להמוקדם אי יש להמוקדם דין קדימה להמאוחר או לאו ויחלוקו הנה בודאי בשקדם המאוחר וגבה אין מוציאין מידו דקי"ל דבמטלטלין ליכא דין קדימה אמנם עיקר הספק הוא בשהם ביד הלוה וראיתי להרשב"ץ ז"ל בתשו' בח"ג סי' ש"ג שכתב וז"ל ולענין חובות השטרות שיש עליו וכו' יטלו הנכסים כל ב"ח בשוה שאין דין קדימה למטלטלין וכו' ואם אחד מבע"ח קדם וגבה לא גבה ויחזיר מה שגבה לאמצע ויגבו לפי הדין כולם כי כן פסקו הגאונים ז"ל בפ' מי שהיה נשוי דבע"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה ל"ג והביא ראיה מהגאונים והרמב"ם הלא מבואר הדבר שם בפי' בדבריהם דלא אמרו כן אלא בקרקעות אבל במטלטלים מה שגבה גבה ודינו של הרמב"ם איירי במטלטלים שב"כ יטלו כל הב"ח בשוה דאין דין קדימה במטלטלין ובזה אין מי שחולק כלל דודאי מה שגבה גבה ובודאי דסוף דברי הרב איירי דוקא בקרקעות או באם שעבד מטלטלי באגב ולפום ריהטא הנ"מ למאן דאית ליה תקנת השוק בב"ח מאוחר אלא שהעיקר חסר מן הספר וצ"ע :

והנה בדרך אגב אומר דהא מילתא שהביא הרשב"ץ משמיהו דהגאונים אף במקרקעי לאו מילתא דפשיטא היא כי יש קצת מהגאונים דחולקים וס"ל דמה שגבה גבה ועם כל זה לא חש לה הרב ז"ל כיון דרוב הגאונים והרי"ף והרמב"ן הביאו הה"מ וגם כתב בתשו' הביאה בעס"ת בשם ז' ח"ג וגם הרשב"א ס"ל כן ודאי דאין המוחזק יכול לומר קי"ל וכמ"ש מהרש"ס בתשו' בח"מ סי' קמ"ם יעו"ש :

וראיתי להעיר על הרב הכנה"ג בח"מ סימן ק"ד הגב"י אות כ"ש שהביא תשובת הרמב"ן שהביא' בעס"ת הנז"ל וכתב א"ס. זה שכתב הרמב"ן דבר ברור הוא דבעל חוב מאוחר שקדם וגבה מה שגבה גבה בקרקע וכל שכן במטלטלין לכאורה איכי יכול להולמו דהרי איפסיקא הילכתא מרוב גדולי הפוס' דהלכתא כרבנן דבן ננס דמה שגבה ל"ג במקרקעי ודוחק לומר דהרמב"ן ס"ל כדרך הגאונים ראשונים שכתב הה"מ שפסקו כבן ננס דמש"ג גבה כל שכן שהה"מ כתב שם דהרמב"ן הסכים לפסק הרי"ף דמ"ש ל"ג ויראה שדבריו אלו סובבים אמ"ש אבל אי שטרא פרסיא וכו' עש"ב ותחילה אומר כי זה הקו' והתי' שעשה הרב אחרי נע"ר סוא יגיעת בשר כי דברי הרמב"ן פשוטים ומבוארים שכתב אבל אי שטרא פרסאה הוא שכשר לגבי חורין כמו שאמרת דבר ברור הוא שבעל חוב מאוחר שקדם וגבה מה שגבה גבה בקרקע וכו' הרי שהרמב"ן קרי בחייל דבשטרא פרסאה דוקא קאי ולדעתי ההריכות בזה אך למותר :

גם מ"ש ודוחק לומר וכו' כ"ש שהה"מ וכו' אחרי נע"ר דברים אלו לא ניתנו ליאמר כלל שהרי באותה תשובה עצמה כתב הרמב"ן עצמו אבל בשטרות של מלכות במנהג מקומות הללו אעפ"י שהם פסולין מן הדין וכו' מדינא דמלכותא גובין מהם אף מן המשועבדין וב"ח מאוחר שקדם וגבה מוציאין מידו בקרקעי וכו' ע"ש ולא ידעתי איך נכנס הרב בסוג זה וגם דמה לו להרחיק עדיו ולהביא מדברי הה"מ ובאותו פרק ובאותו מקום דברי הרמב"ן מבוארים כדברי הרי"ף והרמב"ם ורוב הגאונים ודברי הרב בזה תמוהים בעיני וצ"ע :

איך שיהיה הדבר מבואר מדברי הרשב"ץ שכתב ויטלו הנכסים כל ב"ח בשוה שאין דין קדימה למטלטלין וכו' דס"ל דגם אם המטלטלין ביד הלוה אין להמוקדם דין קדימה ליטול חלק כראש אלא חולקים · אמנם ראינו להרמב"ן ז"ל בתשו' הביאה מרן הב"י ז"ל בסימן ק"ד מחו' ס' שכתב וז"ל ואפילו במטלטלי אית דינא דקדימה כל שהם ביד הלוה ולא אמרו דאין להם דין קדימה אלא לגבי לקוחות או שגבאן ב"ח מאוחר וכו' יעו"ש ולכאורה נ"ל שגם דעת הרא"ש ז"ל היא כדעת הרמב"ן וסוא מ"ש בתשו' כלל צ"ח סימן ד' על ראובן שהוציא שטר חוב על שמעון ומלא לו מטלטלין הוציאה אשת שמעון שטר כתובייתא מוקדם לשטרו של שמעון וכו' והשיב הדין עם המלוה כיון שבאת עם כתובייתא שקדמה יגבוה וכו' ע"ש ולכאורה הדבר תמוה כיון דקעסיק הרב ז"ל במטלטלין וגם לא שעבד לה באגב מדלא נזכר זה בדברי השואל וגם לא בתשו' שהשיב היאך כתב שיגבות קודם כיון ששטר כתובייתה קודם אלא בודאי מוכרחים אנו לומר דדעתו כדעת הרמב"ן דס"ל דכשהם ביד הלוה אית ליה למוקדם דין קדימה אפילו בלא שעבוד אגב .

וכן ראיתי להרב החבי"ב ז"ל בתשו' בשניות ח"מ סימן קי"ו שהביא הרב ראיה מתשו' אחרת של הרא"ש שיראה מינה דדעתו כהרמב"ן יעו"ש אך הדר ביה הרב ממ"ש הרא"ש בתשו' כלל ע"ט סימן ה' דמוכח מינה דס"ל שאין דין קדימה למטלטלין אפילו כשהם ביד הלוה יעו"ש והשתא דאתית להכי גם מהשפיא תשו' דכלל צ"ח אין ראיה דיש לדחות דכיון דראה הרא"ש דמפשט פשיטא ליה לשואל וגם לראובן שהיא קודמת לו ודאי בדינא איירי דכתב לה אגב ולא הוצרך לבאר זה או אפשר דסתם שטר כתובתא אית ביה שעבוד אגב או י"ל דהרא"ש ז"ל כשאל זה אחרי בואו לאותו מקום שנהגו לכתוב בכל השטרות שעבוד אגב וכמ"ש בכלל ע"ט סימן ד' ולהכי לא הוצרך לבאר וקי"ל מ"מ דעת הרמב"ן ברורה כמ"ש · ובהכי איתנח לן מ"ש רי"ו במשרים נכ"ו ח"נ הביאו הב"י ס"ר שכתב וז"ל לוה ולוה ומת הניח מטלטלין כדי ספק א' מהם בין שהיו לו תחילה בין שקנאם לאחר שנתחייב לשניהם יחלוקו בשוה דתקנת הגאונים דמטלטלי דוקא משתעבדים לב"ח ובהן במטלטלי לא שייך דין קדימה ואפילו

ואפילו שייך הוא כאלו שניהם שוים כיום א' וכו' ע"ש ולכאורה מ"ש ואפי' שייך וכו' הם משוללי הבנה וכן ראיתי בספר דורש משפט שכתב וז"ל זה הלשון אינו מובן לי דאי שייך דין קדימה איך הוא כשו שניהם שוים א"א ז"ל עכ"ל והוא מהר"ש פלורינטין ז"ל כמבואר·

ולע"ד כוונת רי"ו היא דתחי' כתב כיון דמתקנת הגאונים דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח א"כ כיון שמת חל שיעבודייהו בא' ומשו"ה יחלוקו בשוה ועוד מטעמא אחרינא דמטלטלין לא שייך בהו דין קדימה ומשו"ה כשבאו לגבות ביחד חולקים וע"ז כתב ואפי' שייך הוא כאלו שניהם שוים ביום א' ר"ל דאפי' את"ל דלא אמרו אין בהם דין קדימה אלא לגבי לקוחות או בעל חוב שקדם ונכס הכל בשהם ביד לוה אית בהו דין קדימה וכס' הרמב"ן מ"מ בנדון זה יחלוקו בשוה ועיין בכנה"ג הגב"י אות כ"ז ובתשו' מ"א סי' ס"ג ע"ש וטעמא דכיון דמת האב ויסתלק להו שיעבודייהו דכולהו ועכשיו שנשתעבדו מטלטלי דיתמי מכח התקנה חל שעבודם כולם ביום א' ואין להם קדימה זע"ז כיון שהיום חל שעבודם על היתומים בבת א'. זה נ"ל כוונת רי"ו:

וראיתי להרב התכי"ב בהגב"י אות י"ג שכתב וז"ל פי' ואפי' שייך הוא כגון ששעבד מטלטלי אג"ב הוא כאלו שניהם שוים כלוה ולוה אח"ך קנה וכ"ע עכ"ל ואין פי' נוח לי שהרי כתב הרשב"א בתשו' סי' תתקי"ד הביאם מרן שם וז"ל ואעפ"י שאמרו וכו' הכא ששיעבד ראובן אביהם מטלטלין בפי' וכל ששעבדם בפי' ואפי' שלא באג"ב ואפי' שנפלו לפני יתומים ב"ח גובה מהם וכו' ע"ש הרי היכא דשיעבד בפי' גובה מהם אפילו מדינא דגמ' דחל שיעבודו על המטלטלין אלו וכ"ש כשיעבדם באג"ב ועיין בכנה"ג סי' ק"ז הגה"ט אות ו' יעוש"ב ומעתה אם שעבד לראשון מטלטלי באג"ב ודאי דיש לו דין קדימה על המאוחר דהוי כאלו אביהם קיים ולדעתי זהו שפניה הדבר כל"ע ואף דיש לחלק קצת בדוחק ולאמר דאף אם שעבדם באג"ב גובה מהיתומים מ"מ לענין הב"ח המאוחר לית ליה דין קדימה מה שאין כן שאמת לע"ד מ"מ מ"ש בפי' דברי רי"ו נ"ל עיקר ודוק·

והנה אף דלפי פי' רי"ו ז"ל נפוקי מספ"ל בס' הרמב"ן מ"מ מצאנו להרב הלבוש ז"ל שתפס בפשיטות כס' הרמב"ן ובסעיף א' האריך בדבר וגם בס' ג' רמז לזה ובשיטה זו הלך גם בסעיף יו"ד שכתב וז"ל וכן בעלי חובות כל א' מהם קודם לזמן חבירו ובאו כולם ביחד לגבות מטלטלין או ממקרקעי שאין בהם דין קדימה כגון שקנאם הלוה לאחר שלוה מן האחרון שבהם שחל שיעבודם בבת א' ואין בנכסים כדי שיגבה כל א' מהם חובו מחלקים ביניהם וכו' עכ"ל והנה הרב ז"ל בדין זה שינה מלשון הטור ז"ל שהטור ז"ל בסי' א' כתב וכן ב"ח וכו' ובאים לגבות ממטלטלי שאין בהם דין קדימה או שבאים לגבות ממקרקעי שקנה הלוה אחר שלוה וכו' ע"ש ונראים הדברים שכוונת הטור ז"ל דלא כהרמב"ן שסתם מטלטלים אין בהם דין קדימה אף כשהם ביד הלוה ובמקרקעי דוקא היכא שקנאם אחר שלוה אך הרב הלבוש בהעתיקו הדברים כתב מטלטלי או מקרקעי שאין בהם דין קדימה כגון שקנאם וכו' וכיון הרב בזה לומר דהאי מטלטלין דאיירינן בהו לאו במטלטלים שקנה קודם שלוה דהנהו ודאי יש בהם דין קדימה כשהם ביד הלוה אלא דהכ"ע במטלטלין שקנאם אחר שלוה וה"ש מטלטלי או מקרקעי שאין בהם דין קדימה כגון וכו' ור"ל דהאי מטלטלין. הם כסוג א' כמו המקרקעי דהיינו שקנאם אחר שלוה דאז אין בהם דין קדימה וכ"כ הסמ"ע בסעיף א' וז"ל והע"ש נרחק נפשו כאן בסעיף זה ובסעיף יו"ד לשנות שם דברי הטור והמחבר וכו' וכוונתו פשוטה כמ"ש וכל אלו דברים ברורים ופשוטים ומה שהוצרכתי לזה הוא מפני מה שראיתי להרב התכי"ב ז"ל בתשו' סי' קי"ז הנז' שכתב וז"ל ברם אכתי פש גבן דברי הרב בעל הלבושים מוקשים ועומדין שהוא ז"ל בראש סי' ס"א וס"ד הסכים בדעת הרמב"ן ואלו בס"י כתב וכן ב"ח וכו' חולקים ביניהם ע"כ וזה בדעת שאר פוס' דאפי' הם ביד הלוה חולקים ודלא כהרמב"ן ז"ל וכ"ע ומן התימה על הסמ"ע שלא תפס עליו בזה עכ"ל ואחרי כע"ר דברי הרב הלבוש ברורים ואין כאן מקום עיון ואדרבה כוונת מכוונת שינה הלשון להורות כס' הרמב"ן וכמ"ש ומ"ש ומן התימה על הסמע וכו' אדרבה יש לתמוה עליו איך לא הרגיש בדברי הסמ"ע בס"א שנתכוון למ"ש ודברים פשוטים הם ודברי הרב התכי"ב צריכים הללו תלמוד·

האמנם דברי מרן ז"ל נראים כמעורבבים דהנה בס' א' כת' מי שיש עליו חובות. הרבה כל מי שקדם זמן קנין של שטרו קודם הוא לגבות בין מקרקע בין מטלטלי וכו' ודברים אלו מוכיחים דדעתו כהרמב"ן דיש למטלטלין דין קדימה כשהם ביד הלוה וכן נראה בס' ג' שכתב במטלטלין אין בהם דין קדימה לענין שאם קדם וגבה וכו' גם בסי' קי"ז ס"ד כ"כ יעוש"ה אך בסעיף יו"ד העתיק לשון הטור ממש וכתב שבאו לגבות מטלטלין שבהו אין בהם דין קדימה או מקרקעי שקנה וכו' וזה שלא כס' הרמב"ן והנה הסמ"ע ז"ל בס"א האריך בענין ודחה דברי הלבוש ויישב לשון מרן ודלא כהלבוש וראייתו מההיא דסעיף יו"ד גם בסעיף ב' כתב דחדא מינייהו נקט וה"ה כשהם ביד הלוה גם הוכיח ממ"ש מור"ם מיהו אם תפס שטרות אפילו המוקדם לא הוי נתפס הממון ויחלוקו ואם איתא כס' הרמב"ן למה יחלוקו הא אפי' אם אין בתפיסתו כלום מ"מ לא גרע מאלו באים שניהם יחד לגבות דנותנין אותו להמוקדם אלא מוכרחא דהם כשבאו יחד אין קדימה להמוקדם ע"ש ואני אומר דגם איתא לראיית הסמ"ע שפיר יש להרגיש על הרב הלבוש שהוא ז"ל מפשט פשיטא ליה כס' הרמב"ן וכמ"ש בס"א ובס"ג וא"כ איך בס"ב כתב כד' מור"ם דיחלוקו החוב דלפי סברתו הול"ל דנותנין אותו למוקדם דלא גרע משלא תפס ובאו שניהם ביחד ואם כן איך יוציאו מיד המוקדם ויחלוקו הכל באמת הרב הלבוש ז"ל תיקן אותו כמתק לשונו שכתב וגם אין שייך לומר דין קדימה על השעבוד אלא יחלוקו החוב ע"כ וכונתו בזה דשאני הכא דשטרות שאין לו לשעבוד עליהם אלא שעבוד אין שייך דין קדימה בשעבוד

כשעבוד וכמ"ש הרשב"א ז"ל בתשו' סימן תתקי"ר הובאה בב"י יעו"ש ויש להרגיש על הסמ"ע איך לא נרגש מזה ומדברי הלבוש ז"ל ועיין בש"ך ז"ל שדחה דברי הסמ"ע יעו"ש והנה עמ"ש מור"ם דלא הוי כתפס הממון ויחלוקו כתב בסמ"ע בסק"י משום דאין זה מקרי קדם ונכה דהא עדיין נשאר גוף השעבוד אצל הלוה וגם אם ירצה המלוה למחול החוב מצי מחיל וכמ"ש בסימן ס"ו עכ"ל

וכתב עליו הש"ך סק"ט ואין זה מדוקדק דהא בכה"ג אינו יכול למחול כדלעיל סי' פ"ו דמשתעבד מדר"ן עכ"ל ואחרי כע"ר אפשר לו' כוונת הסמ"ע והוא דמקור דין זה הוא מרי"ו והנה דעת רי"ו היא דאפי' היכא דמשתעבד מדר"ן אפ"ה יכול למחול וכמ"ש בכ"ו ח"ו וכן נראה מדברי רי"ו שהביא הב"י בסי' ס"ו יעו"ש ועיין בהש"ך סי' פ"ו סקי"א ואם כן מעתה דעת הסמ"ע לומר דטעם רי"ו שכתב דין זה מתרי טעמי הוא חדא דאין זה מקרי קדם ונכה ועוד דמצי מחיל כמ"ש בסי' ס"ו לענין מכר דלא שאני ליה לרי"ו בין היכא דמכר בין היכא דמשתעבד מדר"ן אמנם דעת מור"ם שהביאו אף דלא ס"ל כרי"ו לענין מחילה אטעמא קמא קא סמיך אבל כונת הסמ"ע היה לתת טעם אליבא דרי"ו דס"ל דמצי מחיל וכדין המכר כנלע"ד

איברא מאי דק"ל הוא על הרב הלבוש שהוא ז"ל בסימן פ"ו תפס בפשיטות דלא מצי מחיל וכדין זה פסק דיחלוקו ונתן טעם שהרי עדיין הוא ברשות הלוה למחלו וכיון דהרב ז"ל נחית לדינא איך יכתוב דברים סותרים מסימן פ"ו לסי' ק"ד וכודאי דצריכין אנו לומר דאטעמא חדא קא סמיך הרב ז"ל וטעם דמצי מחיל אינו מדוקדק וכמ"ש הש"ך וזה ברור גם בסעיף יו"ד כתב הסמ"ע דיש להוכיח דדעת מרן דלא כהרמב"ן יעו"ש אבל ראיתי למהריק"ש ז"ל בערך לחם בסעיף א' שכתב וז"ל דין המטלטלין צ"ע מ"ש בסעיף י' במטלטלין דיחלוקו אפילו זמן א' מהם קודם לזמן חבירו ואפשר דהכא בשידוע שהיו בידו קודם זמן הא' או מן הסתם והתם כשקנאם אח"ך וכו' עכ"ל ובאמת דאחרי כע"ר איני מבין דבריו כלל חדא במ"ש דהכא בשידוע וכו' או מן הסתם נראה דעתו דדעת מרן היא היכא דהוי הדבר סתום ולא ידעינן אם היו בידו קודם שלוה מן הא' אז לא אמרינן דיש לו דין קדימה ולכאורה מהשיא דסעיף ח' שכתב מרן והוא שנתברר בעדים וכו' אבל אם לא נתברר ימחזקינן להו כלוה ולוה ואח"כ קנה דקי"ל דיחלוקו ע"ש נראה דדעת מרן דמסתמא היכא דלא ידעינן אמרינן דלית בהו דין קדימה ספק דברי הר"ב ואף דלוה ודאי כוונת מהריק"ש היא דמ"ש בסעיף ה' היינו דוקא היכא דכתב לשניהם דאקנה וכמ"ש הרב עצמו בס' ה' בפי' הראשון אבל הכא דלא שעבד ולא כתב דאקנה ודוקא השעבוד חל מדאורייתא מש"ה אמרינן דאית להו דין קדימה למוקדם וכהשיא דסי' קי"ב ס"ד מ"מ מ"ש הרב והתם כשקנאם אח"ך חמה דברים תמוהים לע"ד דאם איתא דבמטלטלין דאיירי התם היינו כשקנאם אח"ך אם כן למה פלגינהו הקרקעות ומטלטלי כו' בכות שכתב שכלו

לנכות מטלטלין שהרי אין להם דין קדימה או שכלו לנכות מקרקע שקנה הלוה ע"ש הרי שנתן טעם להמטלטלים מפני שאין להם דין קדימה ובקרקעות מפני שקנאם ואם איתא ליערבינהו וליתנהו במטלטלים וקרקעות שקנה אח"ך אלא ודאי דליתא :

אך לע"ר אפשר לפרש דדעת מרן היא דבמטלטלי' בין שכתב לשניהם דאקנה ובין לא כתב לשניהם דאקנה איך שיהיה בסתמא מחזיקינן כלוה ולוה ואחר כך קנה והשיא דסימן קי"ב מיירי דוקא בקרקע וכמו שפירש מהריק"ש בפי' השני ומעתה מ"ש מרן הכא בסעיף א' שוא דוקא בשידוע שהיו בידו קודם זמן הא' והשיא דסעיף י' איירי בסתם מטלטלין שאין להם דין קדימה מן הסתם ומשום הכי פליגינהו וכתב שכלו לנכות מטלטלין שהרי אין להם דין קדימה בשהם בסתם ולא ידעינן אי קנה קודם או לאו דמחזיקינן להו כלוה ולוה ואח"כ קנה או שכלו לנכות מקרקעי שקנאם אחר וכו' דבמקרקעי דוקא היכא דידעינן דקנה אח"כ חולקים אבל בסתם מחזיקינן להו שהיו בידו קודם ובהכי ארווחנא דגם דברי הרמב"ם והטור שכתבו כלשון מרן סעיף יו"ד אפשר דלא פליגי אהרמב"ן דאי לא תימא הכי היאך רבי' ב"י שביא דברי הרמב"ן בסתם משנה ולא הרגיש שהרמב"ם והטור שכתבו האי דינא דסעיף יו"ד פליגי עליה אלא ודאי מוכרחים אנו לומר דדעת מרן היא דמשהיא ליכא ראיה דאפשר לדחות שכונתם כמ"ש האמנם הכ"מ והסמ"ע ז"ל לא ניחא להו בהאי דוחקא והכריעו דדעת הרמב"ם והטור דלא כהרמב"ן ומשהיא דסעי' י"א

וראיתי להכ"ח שם שכתב וכן מבואר באלפסי ואשירי פרק הכותב וכן בא"ה"ע סימן ק"כ דלא כתשו' הרמב"ן יעו"ש ואני אומר דאחרי כע"ר אין מדברי הרי"ף והרא"ש אלו ראיה דלא כהרמב"ן ותחילה אומר מאי דק"ל לכאורה על דברי הרב הלבוש שהוא ז"ל בסימן ק"ד הכריע כדעת הרמב"ן וכמבואר ואלו בא"ה"ע סימן ק"כ כתב מי שמת ושמנתו או גרושתו באין לגבות כתובתם ועליו ב"ח וכו' ולא הניח אלא מטלטלין שאין בהם דין קדימה כגון דלא איקני לא מטלטלי אגב מקרקעי ונתנו לב"ח וכו' יעו"ש ולכאורה הדבר תמוה איך כתב דבמטלטלין אין בהם דין קדימה דהא איהו גופיה הסכים לס' הרמב"ן דבמטלטלין בשהם ביד הלוה אית להו דין קדימה ולא אמרו דאין להם ד"ק אלא לגבי ב"ח מאוחר שקדם ותפס ובודאי שהדבר מבואר דדעת הרב הוא דאף דבאמת דבשהם ביד הלוה אית להו ד"ק להמוקדם מכל מקום היינו דוקא בשהם ביד הלוה עצמו אבל כשמת והם ביד היורשים כאלו שניהם שוים ביום אחד דהשתא נשתעבדו מכח התקנה וכמש"ל בדברי רי"ו במיטרים דבשמת שאני ואפשר דהרמב"ן עצמו יודה בזה ולא אמרו אלא בשהם ביד הלוה ·

וכן ראיתי אחרי רואי להכנה"ג הגב"י אות כ"ו שכתב דלא אמרה הרמב"ן אלא בשהם ביד הלוה עצמו אבל במטלטלי דיתמי חולקים בשוה וכן ראיתי שכתב בתשו' בת"א דח"מ סימן ס"ב שכ"כ משם מהר"א גאליקו ב"י יעו"ש וא"כ מ"ש הרב

הרב בלבוש באה"ע לק"ט כמ"ש בח"מ דהתם שאני שכבר מת וה"ל מטלטלי דיתמי ובזה כ"ע מודו ומעתה נתבטלו גם דברי הב"ח שהביא ראיה מדברי הרי"ף והרא"ש דפ' השולח דלא כ"כ אלא התם דנשתעבדו המטלטלין מכח התקנה אבל כשהם ביד הלוה עצמו אפשר דיודו לדברי הרמב"ן דאית ליה דין קדימה למוקדם על המאוחר ודברי רי"ו המוזכרים מוכיחים כבירור ע"ז ואפילו אם נפרש כוונתו כפי' הכנה"ג דמ"ש ואפי' שייך ר"ל דכתב ליה אגב אפ"ה כאלו שניהם שוים כיון שהם מטלטלי דיתמי הו"ל כלוה ולוה ואח"ך קנה ולא דמי לכשהם ביד הלוה עצמו דודאי אית ליה קדימה כיון דכתב ליה אגב הרי כפירוש דהרב שמרחק בין כשהם ביד הלוה ליד היורשים וזה ברור:

ומזה אני תמיה על מה שראיתי בתשו' באמתחות שפוס' להרב נר"ח ז"ל דקנ"ה ע"ג שכ' הרב דהרמב"ם והטור פליגי אהרמב"ן וכמ"ש הסמ"ע והב"ח והוסיף עוד לומר וגם הרב"י כתב בשם גאונים לוה ולוה וקנה וכו' ואפילו שייך הוא כאלו שניהם שוים כיון א' ע"כ ואין ספק דמטלטלי דיתמי אחר התקנה הויין כאלו הם ביד הלוה שבאים עתה לגבות ופסק דיחלוקו בשוה וכל זה דלא כתשו' להרמב"ן וכו' עכ"ל ואחרי נע"ר איני מבין דבריו דהא רי"ו קרי בחיל דאפילו שייך ד"ק במטלטלי אפילו הכי הוא כאלו שניהם שוים ומטעמא ודאי דהם מטלטלי דיתמי ואף לפי' הכנה"ג שאני ליה להרב בין כשהם בידו לכשהם ביד יתומים וכ"ש לפי פירושינו אדרבא כן היא כוונת רי"ו דאפילו נימא כהרמב"ן הכא שאני דהם מטלטלי דיתמי ואיך כתב בפשיטות דמטלטלי דיתמי כאלו הם ביד הלוה וממקום שבא תברא בגירה וכמ"ש ודברי הרב צ"ע דלפחות אין שום ראיה מרי"ו דלא כהרמב"ן דיש לפרש כדכתיבנא וצ"ע.

ועפ"י דרך זה אפשר לע"ד לומר דגם הרא"ש ז"ל ס"ל כהרמב"ן ומ"ש בתשו' כלל ע"ט סימן א' וז"ל אשר שאלת אם ב"ח קודם או כתובת אשה קודמת הנה פסק ר"י בפרק הכותב דבעל חוב קודם וכפ' הרי"ף ואפילו הב"ח מאוחר דלא שייך קדימה במטלטלין וכו' יעו"ש ומזה דן הרב שתבי"ב בתשו' דסימן קי"ז דפליג אהרמב"ן יעו"ש אפשר ליישב דלא כתב כן אלא בכ"ד דהוו מטלטלי דיתמי ואין בהם דין קדימה כלל אפילו כשהם בידם אבל כשהם ביד הלוה עצמו אפשר דמודה הרא"ש ז"ל לס' הרמב"ן דהמוקדם קודם וכדכתיבנא ובהכי אתו דברי שתי תשו' הרא"ש מרא דסי' ל"ח שכתבנו לעיל ונפיק דהרב שתבי"ב דפשטן דמודה הרא"ש להרמב"ן:

האמנם הדבר ברור דבכ"ז דוקא בדלא שיעבד לה מטלטלי אג"מ אבל אם כתוב בכתובה שיעבוד מטלטלי אג"מ היא קודמת ומכ"ש אם היו ב' ב"ח וכתב לראשון שיעבוד מטלטלי אג"מ והיו המטלטלין ברשותו ודאי דשות קודם וכן מצאתי הדבר מפורש בהדיא בשיטה מקובצת פ"ק דכתובות שכתב הריטב"א ומיהו דעת רבי' דכל היכא דשיעבד לה מטלאג"מ דינם כקרקע ויש בהם דין קדימה וכן פי' בתוס' ע"כ וכ"ז הוא דלא כהרב שתבי"ב בפי'

דברי רי"ו וכמו שכתבתי שמזה אין הדבר כצ"ע ולדידי הדבר ברור כמש"ל וק"ל.

ואיך שיהיה דעת הרב מהריק"ש ז"ל היא דדעת מרן היא כס' הרמב"ן וכן ראיתי להרב גור אריה בסימן ק"ד סק"ג שעמ"ש מרן בס"ג במטלטלי אין בהם ד"ק לענין וכו' כתב אבל אם באו שניהם כאחד לגבות מטלטלין שביד הלוה יש בהם ד"ק ונותנים למוקדם ולא למאוחר כ"כ ב"י ע"כ הרי שהבין דדעת מרן כהרמב"ן וכן ראיתי לבר' שתבי"ב בתשו' בח"מ ח"ב סימן מ"ו שהביא תשו' הרמב"ן וכתב וזה נ"ל דעת הרב ז"ל בב"י שהביא תשובת הרמב"ן בסתם משנה ולא ערער עליה גם לא כתב חולקים גם בספר הקצר סימן ג' דעתו נראה כן וכו' מכל מקום הסמ"ע והב"ח כתבו בשם ר"ת דלא קי"ל כהרמב"ן דהר"ב הטורים ס' ו"א חולק עליו וכו' ע"ש הרי בפי' שדעת מרן היא כהרמב"ן האמנם לכאורה דברי הרב קשים דהא ממקום שהביא הרב מהסיא דסמ"ע והב"ח שהביאו דברי הטור דבסי"א חולק עליו א"כ גם דברי מרן שכתב כדין י' כדברי הטור ממש מוכח דלא כהרמב"ן ואין לומר דכוונתו מדמליצו להסמ"ע והב"ח שהביאו ראיה מדברי הטור להפך מהרמב"ן אם כן גם אנו נאמר דדעת מרן כהטור דהא ליתא דבשלמא להטור לא מצינו שום סברא שיסבור כהרמב"ן אבל למרן דבס"ג נראה דעתו כהרמב"ן אם כן דבריו סתראי ניניהו אפשר ע"כ נראה שכוונתו לומר דקנס שנאמר דדעת מרן היא כהרמב"ן וכדמוכח מדבריו בס"א ובס"ג ובב"י והביא דס"י יש ליישב בשום אופן או כדברי מהריק"ש או כגוונא אחריתי מכל מקום דעת הסמ"ע והב"ח דלא כמרן והביאו ראיה מהטור וס"ל דהטור פליג אהרמב"ן.

ומעתה דעת אלו הרבנים מהריק"ש וגור אריה והכנה"ג דדעת מרן כהרמב"ן ואנן בתרים דמרן גרירן אם כן נראה לכאורה דלדינא נקטינן כדברי הרמב"ן דאם הם ביד הלוה יש לו דין קדימה להמוקדם מאחר דמרן ז"ל ס"ל כוותיה אבל האמת אין הדבר כן דהרי מצינו להסמ"ע בס"א ובס"ג ובב"י פי' דעת מרן דלא כהרמב"ן וגם הרב כנה"ג עצמו בתשו' סימן קי"ז הבין בדעת מרן דפליג אהרמב"ן ודבריו סותרים להסיא דסימן מ"ו ומוכרחים אנו לומר דבסימן קי"ז חזר בו משהביא דסימן מ"ו דהיא אחרונה להסיא דסי' מ"ו אם כן מעתה מדברי מרן אין ראיה דיתכן לו' כס' הסמ"ע והכנה"ג ויתכן לומר כדברי מהריק"ש וגור אריה ואם כן אזלינן בתר רוב הפוס' שכתבו דלא כהרמב"ן ראשונה דברי הגאונים שהביא בתשו' כנה"ג סימן ס"ג דסברי דלא כהרמב"ן ועוד מדברי הר"ן שהביא הכנה"ג שם והסמ"ע והב"ח ומהר"א נאליקו ומהר"ם די בוטון כתבו דלא קי"ל כהרמב"ן וכ"כ הש"מ שהביא הסמ"ע וכן נראה מדברי הרשב"ץ שכתבנו לעיל וכן כתב מהרא"נ"ח בח"א סימן כ"ד דהטור פליג אהרמב"ן וכ"כ הרב בתי כהונה בח"ב בית ועד סי"ו דרוב הפוסקים פליגי אהרמב"ן יעו"ש וכן נראה מדברי הרב לחם רב בתשו' סימן קס"ז שהפס בפשיטות דלא כהרמב"ן ולא חש לה כלל יעו"ש ועוד דהרמב"ן לא כתבו להלכה ולמעשה כמבואר בלשונו בתשו' סימן ס"א יעו"ש וכ"כ הסמ"ע בס"א

מעתה ודאי נקטינן כש' רוב הפוסקים ודלא כהרמב"ן והם באו שניהם לגבות בא' חולקים ואין להם דין קדימה כלל אפי' בשהם ביד הלוה וכן עיקר האמנם כ"ז דוקא בבאו שניהם לגבות ע"י ב"ד דהא אמרינן דאין לו דין קדימה להמוקדם על המאוחר ויחלוקו בשוה אך אם בא הלוה לצאת ידי שמים ובא לגבות ממנו ומאליו ראוי הוא שיקדים להמוקדם דודאי מוקדם עדיף טפי וכמ"ש הרב פ"מ בח"ב סימן כ"ו ומכ"ש אם איש עני דודאי מקדמינן ליה יעוש"ב והנה דלכאורה נראה דהרב לחם רב בסימן קס"ז פליג עליה דעובדא דרב הוא שמעון לבדו בא ליפרע מראובן ואפילו הכי כתב הרב דבמטלטלין אין להם דין קדימה יעוי"ש מכל מקום אפשר דשאני התם דעובדא דהרב לחם רב דשמעון דינא קא תבע לפרוע לו מקודם משו"ה כתב דאין לו דין קדימה אבל אם הלוה בעצמו בא להגבות ודאי דמודה דמידת חסידות היא לפרוע להמוקדם ואפשר דגם בנדון הלח"ר בלצאת י"ש ראוי לפרוע קודם לשמעון ומאי דפסיק הרב הוא לענין דינא ואפ' דמדין חסידות יודה בנ"ל עיקר לדינא וכל אלו דברים ברורים לע"ד וק"ל׳

שם בסמ"ע סק"ו ודלא כב"י וכו' עכ"ל נ"ב עיין בתשו' לחם רב סימן קס"ו ומהרח"ש אה"ע סימן ד"ן ובתשובת מהר"ו תגדאלי סימן מ"ג ובתק"ל ח"מ ח"א סימן ס"ו יעוין שם:

שם בש"ע ס"ה מחזיקים לזו וכו' עכ"ל נ"ב ע"ל סימן קי"ב ס"ד וש"ש ר"ן וי"ל ודוק ועיין מהרח"ש אה"ע סימן ר"ן ועיין בכה"ג סימן ר"י הגב"י אות קט"ו ועיין תשו' הרדב"ז ח"ג סימן תקכ"ד ותרכ"ח.

שם בש"ך סקי"ג דאם קנה ביני ביני וכו' נ"ב עיין לקמן סימן קי"א בש"ך סק"ה ובסימן קי"ב סק"ה:

שם שם בא"ר ובספר גד"ת כתב דזכה הראשון וכו' עכ"ל נ"ב וכן כתב בתשו' מהריב"ל ח"א סימן ו"ן יעו"ש וכ"כ אתו של הש"ך עיין לקמן סימן קי"ב סק"ה:

שם בש"ע ס"ז לוה וכתב וכו' וכן אפילו היו מאה וכו' עכ"ל נ"ב ואם קדם המאוחר וגבה מוציאין מידו עסוס"י קי"ג.

שם ס"ט אם ב"ד מכרו קרקע וכו' נ"ב תשו' הרשב"א שהביא הב"י מתו' א' והיא בסי' אלף ב"ה ומה שציין עליו הרב בא"ס ז"ל טור בשם הרב יונה וכו' נ"ב ליתא דשם בב"י הכריע דלא כהר"י וב"י ודין זה במכרו ב"ד ואינו ענין לדברי הר"י אלא הוא תשובת הרשב"א וכמ"ש ועיין:

שם בש"ך סקי"ז בסוף הדיבור ול"ע עכ"ל נ"ב עיין תשו' בעי חיי בשניות דח"מ סימן מ"ו דמ"ז ע"א׳

שם בש"ע סי"ד כולן חולקים וכו' לפי מנייהם בשוה וכו' עכ"ל נ"ב ומנהג הסוחרים אינו כן אלא חולקים לפי ממון ועיין תשו' הרשד"ם ח"מ סימן ק"ח וק"ע ע"ש׳

שם בש"ך סק"ך במלוה בשטר מיירי שהרי כתב שם וכו' עכ"ל נ"ב עיין תשו' בעי חיי שניות דחו"מ סימן ל"ח דל"ה ע"ב גם באותו הסעיף

מש שהק' הש"ך ז"ל על המבי"ט ז"ל גם ע"ז עיין בתשו' הנז' דל"ם ע"ג:

סי' ק"ה ס"ג אם הלוה וכו' זכה בתפן זה וכו' עכ"ל נ"ב הולך בזכה עיין לקמן סימן קכ"ה ס"א ועיין ס"ה שם ומש"ה שהשמיט הולך ודוק׳

סי' ק"ז ס"א מלוה וכו' ואם לא הניח אלא מטלטלים אין כופים אותם וכו' עכ"ל נ"ב אבל אם שעבד מטלטלי אגב מו"ל במקרקעי הרא"ש בתשו' כלל פ' ס"ו׳

שם ס"ד יורש שמכר וכו' יש מי שאומר שגובה וכו' וי"א שאינו גובה עכ"ל נ"ב משמע הכא דדעת מרן להלכה כי"א בתרא דבאה"ע סימן נ"ג סכ"א סתם כי"א קמא וס' יש אומרים בתרא הביאה בל' יש מי שחולק ע"ש כן הק' מהר"ש בן חביב בתשו' כ"י והניח בצ"ע׳

שם בסמ"ע סקט"ז בסופו ובמ"ש בסימן ע"ו ע"ש וכו' עכ"ל נ"ב עי"ש בסקל"ד ובש"ך שם ועיין בספר בר"ה בסימן ל' ובסימן ש"ח:

סי' קח ס"ג אין נפרעים וכו' אלא א"כ היה במלוה זו אחד מג' דרכים וכו' עכ"ל נ"ב אם עשאו ב"ד נכסי נתבע בחייו ומת והניח קטנים גובה מהם תשו' מהריק"ש סי' פ"ג יע"ש ולעקל נכסי יתו' קטנים עד שיגדלו עיין סימן ע"ג שרמזתי שם ואם טוען שיניחם במקום בטוח לאכול פירותיהם עד אשר יגדלו עיין מבי"ט ח"ג סי' רו"ד והרדב"ז בתשו' הביאם הכנה"ג הגב"י אות מ':

שם בסמ"ע סקי"ג ודחייתא וכו' אינו גובה אלא אם כן נתקבל העדות בחיי אביהם וכו' עכ"ל נ"ב פי' במלוה עפ"י אבל בשטר תוך זמן מקיימין עסי' ק"י:

שם בסק"ן ואפי' וכו' בשו' סימן ע"א פסק המחבר וכו' נ"ב ע"ש בש' נ"ב די"א בתרא בהרא"ש דפליג וס"ל דאין הנאמנות מועיל לגבי יורשים:

סי' קט בש"ך סק"א שומעין ליורש וכו' מיהו ב"ז לדעת הטור והרא"ש וכו' עכ"ל נ"ב עיין ברמב"ם פי"א דמלוה דין ח' ודוק׳

סי' קי ס"א ואפילו היה בו נאמנות וכו' נ"ב עיין בתשו' מהרא"ח ח"א סימן נ"ד הביאו הש"ך לקמן בסק"ז:

שם שם בסופו ויגבו לבע"ח מהגדולים חלקם המגיע להם לפרוע עכ"ל נ"ב עיין לעיל סימן ק"ז ס"א ועיין מהריק"ש ועיין בספר שער המשפט סק"כ וצ"ע ועיין עוד בהרדב"ז ח"ג סימן תקי"ז וצ"ע:

שם ס"ז קטנים שסורס מורשים בבת"י וכו' עכ"ל נ"ב עיין לעיל סימן פ"א סי"ז עיין שם ובהג"ה וק"ל:

שם בסוף הסעיף בין מקרקע בין מטלטלים הניח מוריהם עכ"ל נ"ב עיין סוף סימן ת"ע ועיין תשובת הרדב"ז ח"ב סימן תק"ה וצריך עיון:

סי' קיא המלוה וכו' אבל אינו טורף וכו' ולא ממתנות שנתן עכ"ל נ"ב ואם הפקיד הלוה

הלוה נכסיו ע"ל סי' רמ"ב בסמ"ע וט"ז סימן יע"ש ועיין שלס"ג פ' ח"ס דקפ"ד ע"א יע"ש :

שם ס"כ הקדשות וכו' עיין בהרמב"ם פ"כ מה' נזכים דין ו' והרהב"ד והה"מ שם :

שם בסמ"ע סקי"ד אפילו הם זכוריות הטעם דמן ההורה דינו דכ"ח כזיבוריות וכו' עכ"ל כ"כ משמע דבניזק דינו כעידית טורף ממשועבדים אם הניח זיבוריות ועיין סימן קי"ט ס"ב וד' וצ"ע :

שם סי"ג בהג"ה וי"א דה"ה אם הניח יתו"ק וכו' עכ"ל כ"כ עיין לעיל סימן ק"י ס"ב ובכנה"ג הגב"י אות פ"ט :

שם בסמ"ע סקכ"ח לא הפסיד וכו' משא"כ התם דמערער על שדה הנמכר גופו ואומר שלו היה וכו' כ"כ עיין תשו' הריב"ש סימן רמ"ד ובכנה"ג הגב"י אות כ"ד ועיין תשו' מהרש"ך ח"א סי' ק"ט ע"ש :

שם בש"ך סקי"ז וכן בשטר וכו' קאי אמכרו דווקא וכו' עכ"ל כ"כ עיין בתשו' מהרח"ש א"ע סי' ד"ן יע"ש וק"ל :

שם בש"ך סק"ך לאחר שלוה וכו' כתב הב"ח ואע"ג דשעבודא חל ג"כ וכו' עכ"ל כ"כ כוונת הב"ח דמדכתב הטור בסיפא וכתב לראשון אגב וכו' משמע דבריישא אפילו כתב לראשון דאקנה יחלוקו וזה ק"ל דהא אם כתב לא' ולא לב' גם כלוה ולוה ואח"ך קנה זכה הראשון ועיין בש"ך סי' ק"ד סקט"ו ודוק שו"ר שדעת הב"ח דבסיפא אגב בלא דאקנה ומ"מ דברי הב"ח נכונים ופי' דבריו דייקי דכתב לא' דוקא וק"ל :

שם בסקכ"ב וכתב לא' וכו' וכמ"ש בסמ"ע גופיה לעיל סי' ק"ד סקט"ו ופי' קי"ג סקי"ד והוא פשוט וכו' עכ"ל כ"כ פי' וא"כ אפילו כתב גם לב' אגב הראשון קודם ועמ"י ק"ד ס"ז :

סי' קי"ב ס"ד שני מלוים שהוציא וכו' עכ"ל כ"כ עיין לעיל סי' ק"ד ס"ס ועיין בתשו' מהרח"ש אה"ע סי' ד"ן ועיין בתשו' פמ"א ח"א סי' ל"ג וסי' קי"ו וח"ב סי' א' :

סי' קי"ג ס"א אין בע"ח וכו' ואם שעבד לו מטלטלי וכו' אפילו מכר קרקעות קודם שיקנה וכו' עכ"ל כ"כ לשון הס"מ ואם שעבד מטלטלי שיקנה א"ת והי"ל מקרקעי בעת השעבוד אפילו מכרן וכו' :

שם ס"ג בזה"ז וכו' אינו טורף מטלטלים שמכר או נתן וכו' עכ"ל כ"כ עיין לקמן סי' פ"ג בש"ך סק"ד :

סי' קי"ד בסמ"ע סק"א בסופו שא"כ יתן לו כל דמי חובו וכו' עכ"ל כ"כ כיון שיכול לעלות ועיין ס"ו ובדרישה ועיין תשו' בעי חיי ח"מ ח"א דפ"ב :

שם בש"ך סקכ"ב עכ"ל סמ"ע זהו טעות וכו' עכ"ל כ"כ קרבן נתנאל פו"ד דכתובות סי' ד' ועיין דרישה :

שם בש"ע ס"ג אם רוצה הלוקח לסלק המלוה במעות וכו' עכ"ל כ"כ לשון הרמב"ם פי"ח דמלוה דין ח' דמי תם שהוא טורף :

סי' קטו בסמ"ע סק"ב טורף וכו' דשאני הכא דהקניות השבח מהלוקח והמכירה לו וכו' עכ"ל כ"כ עיין בתשובת מהרש"ך ח"ג סימן מ"ג ודוק :

שם בש"ך סקי"א וכ"כ התו' פ"ק דמציעא די"ד ע"ב וכו' עכ"ל כ"כ עיין משנה למלך מה שהקשה על קירוץ כ' דהק"מ ודוק :

שם באותו סעיף בד"ה מיהו ק' וכו' כ"כ עיין בתשו' פ"מ ח"ב סימן ל' ול"א ועיין משנה למלך שם .

שם בסמ"ע סקכ"כ שהיה גם ביד אכיהם כן עכ"ל כ"כ עיין סימן ס' ס"ו ובסמ"ע שם סק"ד ויש לחלק וק"ל :

סי' קך ס"א שמעות באחריות הלוה וכו' עכ"ל כ"כ דעבד לוה לקיים מלוה דו"ר סוף ע"א :

שם ס"כ בהג"ה וי"א בזה אם פרע וכו' כ"כ עיין בהרמב"ם פ"ו מהלכות טוען ובש"ע לעיל סימן ע"ס ובסמ"ע שם סק"א ובסימן ע"ב ס"א ובסמ"ע וש"ך שם סקקל"ו ועיין בתשו' בני יעקב סוף סימן י"ב שמחת יום טוב דף קי"ד :

סי' קכא בסמ"ע סק"ה עפ"ר ודרישה שמוכחתי שכל שאו' וכו' עכ"ל כ"כ עפ"ר וד' שכתב שבין שאו' ללוה שלא לשליח כיוצא לכינו ומודה הוי שליח ודלא כמו שהבין בש"ך בדעת סמ"ע עיין שם :

שם בש"ע ס"א שלא לו הובו וכו' אפילו לא א"ל פא"פ אלא שלח לו בכתב וכו' דין זה הוא בתשו' דפרק השואל רב"ם ע"כ ופי' בר"ח וכמ"ש מרן בכ"מ וכתבו התו' שם בד"ה שליח שעשאו וכו' לכאורה נראה דאיירי כגון דלא א"ל שלח לי על ידי וכן מוכיח מתוך התו' עכ"ל כונתם לומר דקושיא דהשואל מוכח מפרש"י דבעינן שיאמר בפניו והוא ממ"ש רש"י ז"ל בר"ס סטוד וז"ל דלא קמה כרשות שואל להתחייב באונסין עד שיאמר מפיו לשלחם ביד כנו וכו' עכ"ל מוכח בהדיא דלא סגי עד שיאמר לו מפיו והיינו בפניו וזו אמיתות דברי התו' והוצרכתי לזה מפני שראיתי להרב מהריט"ך בתשו' סימן י"ט שהבין דברי התו' וכתב וז"ל אמנם עדיין צ"ע בדברי התוס' שכתבו שכן מוכח מתוך הקונט' שהוא שקר שמתוך הקונט' מוכח בספך עיין בדבריו דו"ק והשכת עכ"ל ואנא זעירא עיינתי בדברי רש"י והדרכה מצאתי שהוא מודה בדברי התו' בסוגיא דהשואל ובדכתיבנא ולא האמין שיאמרו דברים אלו מפה קדוש של זאיזו ת"ע בתכם וצ"ע ואחרי כותבי האיר ה' את עיני ומצאתי להרב מנחת בכורים שהבין כן כמ"ש בדברי התו' וע"ע

סי' קכ"ב ס"ט אחד מהאחים וכו' לפיכך אם היה בעיר אחרת וכו' עכ"ל כ"כ עיין בבית יוסף סימן קע"ו מתו' כ"כ בשם הריטב"א דבקטן ואשה אפילו איתיה במתא כמאן דליתיה דמי ע"ש ובתומים סימן קע"ו סק"ה :

שם בש"ך סקט"ו או שאר לשון בזומה לזה וכו' עכ"ל סמ"ע ואזיל לשיטתו וכו' כ"כ זה הלשון שייך בס"ק שאחר זה ובכ"ל לא ישיב לו וכו'

או יבטל השליחות עכ"ל הסמ"ע ואו"ל וכו' מטעם שליח א"כ מיירי וכו' כנ"ל ·

סי' קנ"ג בש"ך סק"ח אבל הגאונים וכו' רק מ"ש הסמ"ע וכו' לא ידעתי בכ"י שום וכו' עכ"ל נ"ב עיין פרישה ביאורו בהשגת הש"ך בס"ק זה על הב"י ·

סי' קנ"ה בש"ך סק"ז בסופו דאפילו אם עליו חייב וכו' עכ"ל נ"ב צ"ע מעובדא דרבי דוסתאי ·

שם בש"ע ס"ב ואי שויה מריה דפקדון שליח וכו' עכ"ל עיין סימן רנ"ב ס"ד שכתב כן בלשון וי"ש מי שאומר ·

שם באותו סעיף בסיפו ובכל יומא הוה מפקיד גביה וכו' עכ"ל נ"ב עיין בסמ"ע סימן רנ"ג סק"ט וש"ך שם והרב בנה"ג בסימן זה ·

שם סעיף ה' במד"א וכו' שאין לו מאתים זוז נעשה נדר וכו' עכ"ל נ"ב עיין נימוקי הרמ"ת דין ג' דמשמע דלכל גולגלת משערים מאתים זוז יע"ש ·

שם ב"ז וי"א אומרים דחן הוי בזכי וכו' עיין בתשו' שבות יעקב ח"ב סימן קנ"ט שכתב דאם המר הולך וחן דלא הוי בוכה יע"ש ·

סי' קנ"ו דין מעמד שלשתן וכו' כתב מרן הכ"מ פ"ו מהלכות מכירה וז"ל ולפי דעתי שני מחלוקות אלו תלויים זה בזה וכו' והרב בעל משנה למלך ז"ל כתב דליתא ואגב שיטפיה לא דק בדעת הרא"ש מהסוברים שאינו יכול למחול במ"ש הטור והוא מהסוברים שלא נפטר מחיובו אלא א"כ פטרו בפירוש גם הראב"ד וכו' עכ"ל · ואחרי המחילה רבה לא סיימוה קמיה לשון מרן בכסף משנה שכתב וז"ל ואע"פ שהרא"ש והטור סוברים שהם לא פטרו מחיובו בפירוש לא נפטר מינו עכ"ז סוברים שאינו יכול למחול מ"מ מ"ש דהא בהא תליא טעמא דמסתבר הוא עכ"ל הרי בפירוש דמרן ז"ל כל טוב דאתה עינו סברת הרא"ש ז"ל וכתב טעמא דמסתבר הוא וקיימא על הרב משנה למלך ושוב ראיתי שכ"כ הרב קרית מלך רב יעוין שם :

שם בש"ך סקמ"ג ונמצא הלוה עני וכו' ואולי כונת מהרא"ש לומר דכיון שיש לחבירו שטר בידו הוה ליה כגבוי וכו' עכ"ל נ"ב עיין לעיל סימן י"ב בש"ך סקי"ז ועיין בס' תקפו כהן סימן ק"ל :

סי' קנ"ח סק"ח בסופו לאנס גבוהו מהרי"ו והרב ושאר אחרונים כדין זה עכ"ל נ"ב נראה הא דהולך מהרי"ו משום דבכה"ג הוי מלוה עכו"ם דליכא ביה שעבודא דר"ן וק"ל :

סי' קנ"ט ס"ב אמר להם בשעת מתן מעות הלוהו ואני ערב וכו' נ"ב עיין בתשובות מבי"ט ח"א סימן קי"ח ותשובות פ"מ ח"ב סימן קי"ט וש"ת כרם שלמה סימן כ"ז ועיין שם :

סי' קל"ג ס"פ אבל בדברים העשוים להשאיל ולהשכיר וכו' נ"ב ספרים עשוים להשאיל ולהשכיר תוס' מציעא דקי"ו ע"א :

סי' קנ"ג ס"ח מי שמחזיק וכו' אבל אם טוען כותל זה וכו' נ"ב עיין לקמן סימן קי"ג ס"ג ועיין סימן רל"ו ס"ב ועיין סימן קנ"ח סכ"ד ועיין בסמ"ע סימן רכ"ל סק"ב :

סי' קנ"ה בסמ"ע סק"ח מיהו וכו' ולא ירכס בדיוריה לא מצי השותף השני וכו' עכ"ל נ"ב עיין בתשו' בעי חיי סימן קי"ב

שם סיו"ד בילר וכו' בד"א בשפתחה להשתמש וכו' נ"ב עיין בתשובת הריב"ש שהביא הבית יוסף ובתשובות אבקת רוכל סימן קנ"א יע"ש :

שם סי"ו בסופו ומיהו כתב הרמב"ן וכו' נ"ב א"ה עיין מוהר"ש די בוטון סימן כ"ה ובטורי זהב לקמן סכ"א ובשו"ת חקי חיים סימן ל"ה דס"ג ע"א כ"ס **יצחק לבטון ס"ט**

סי' קנ"ה סל"ב מי שהיה לו אילן וכו' כתב הרמב"ם בפי"ד מהלכות שכנים דין ה' ואם האילן קדם קוצץ ונותן דמים וכו' וכתב המש"ל עמ"ש מהריק"ו בשורש ה' שכתב וז"ל אבל בנדון זה שכבר נתפרדה חבילתן ובטל השיתוף פשיטא שאין הדין נותן שיפרע קודם ירידתן לדין וכו' ונראה בזה סותר למ"ש בשורש שני ול"ע עכ"ל ואני אומר שאחרי כעי"ד אין הנדון דומה דהתם בשורש שני כיון שכבר נשתעבדו בי"ג אלפים והם שותפים עכשיו כתם הזה ודאי דין הוא שיפרעו קודם ירידתן לדין כיון דלא בטל השיתוף עדין שהלכה רווחת שצריכים לפרוע חלקם במס הוא משום הכי יפרעו חלקם מתחילה וכמו שמבואר כל זה והותר בדברי הרב בשורש ב' משא"כ בשורש ה' שהיה בינוהם ענינות ואין הדין ברור שחייב דבי מסה להם שום דבר וכמ"ש הרב משום דרבים נינהו גזלנים נינהו כיון דבטל השיתוף ונתפרדה החבילה אין הדין נותן שיפרעו קודם ירידתן ושאני בשורש שני דלא בטל השיתוף וכמ"ש ודברים ברורים הם כנלע"ד ודוק :

סי' קנ"ו בטור ס"ח ואפילו ישראל שעושה מלאכתו אצל גוי וכו' · נ"ב עיין בתשובות מוהר"ם כ"ח בכ"י כמ"א סימן קנ"ט שכתב כמה חילוקים בענין זה יע"ש :

סי' קס"א ס"ב מי שיש לו וכו' ואינו דר עמהם וכו' נ"ב ואינו משכיר לאחרים במקומו דאי משכיר לאחרים במקומו מה לי הוא מה לי אחר ועיין פרישה :

שם ס"ו חמש חצירות וכו' נ"ב עיין לקמן סימן ק"ע בדין חמש גנות ועיין שם ·

סי' קס"ג בסמ"ע סק"ג ועיין בא"ח וכו' נ"ב עיין בא"ח סימן סנו' באותו סעיף שכתב דין שכירות למנין שכתב בסופו וז"ל אם יש מנין מיושבי העיר כופין לשכור חזן עכ"ל ולא כיון מור"ם ז"ל וק"ל :

שם בסמ"ע סק"ה בסופו ע"ש עכ"ל בדברי מרן שאין שם פ"ז כסדר שכתב הש"ע ·

סי' קס"ד ס"א הבית והעליה וכו' והתקרים בעלמא וכו' עכ"ל נ"ב עיין לקמן סימן סי"ד ועיין מהרש"ך בהוספות סימן ו' ועיין בכ"י מ"ש משם הה"מ יע"ש :

סי' קע"א ס"ג אותו דין חלוקה וכו' עכ"ל נ"ב עיין תשובת הרשב"ש סימן רס"ח ועיין

ועיין משפטים ישרים למוהר"ם חאסון סימן ז' עיין שם באורך:

שם ס"ח במורש לא חלקו והשתמש וכו' עכ"ל נ"ב עיין בתשו' הרשב"ץ בח"ג סימן ר"ח על ראובן ושמעון שיש להם חצר בשותפות והלך ראובן לארץ מרחקים ולא השכיר את חלקו לשום אדם ושמעון דר בבתים ובחצר כמה שנים ועתה בא ראובן ותבע משמעון שיעור בחצר במשך זמן שדר שמעון או שיתן לו שכירות חלקו והשיב שפטור שמעון כיון דהחצר לא קיימא לאגרא שהרי הלך מהעיר ולא השכירם שוה ליה זה נהנה וזה אינו חסר יע"ש וכן כתב הרשב"ש בתשו' סימן ס"ז ע"ש ולכאורה קשה מהא שכתב הרשב"ש עצמו סימן קל"ט בשני אחים שיש להם חצר ובתים והאחד דר בבית הגדול והשני דר בבית הקטן ולאחר שנים רבות נלב"ע שמת שדר בבית הגדול ובאה אשת הנפטר ותבעה מהאח שתדור בבית הגדול כמו שהיה בעלה דר בו והאח טוען שהוא רוצה לדור בבית הגדול כפי השנים שדר אחיו והשיב דהדין ביד האח ויכול לסלק את האלמנה וידור בבית הגדול כמנין השנים שדר בו אחיו יע"ש והרב זרע יעקב בסימן י"ז הקשה על הרשב"ש בתשובה זו מהא שכתב הרשב"א בח"ב סימן קמ"א שפסק מורש הבא שלזו שיכול לומר בשלי נשתמשתי וכו' והכריח הרב זרע יעקב מזה מ"ש הרב בית דוד ביו"ד סימן קפ"ז דלא כתב כן הרשב"א אלא במקומות בהכ"נ או בית ספר יע"ש ולדידי אין הדבר מוכרח דבחצר ובית ושאחד לא נשתמש בו והשני נשתמש יכול הוא לומר בשלי אני משתמש ואילו רצית היית בא ומשתמש עמי משא"כ שני בתים אחד גדול ואחד קטן ואחד דר בגדול ואחד דר בקטן מודה הרשב"א דאם אחד מהם דר כמה שנים בגדול יכול חבירו לומר לו בא ונחליף זה בזה · ואיך שיהיה דעת הרב"ד דבחצרות העשויין לדירה לא כתב הרשב"א דינו יעוין עליו בח"מ סימן כ"ה ובאורח דעה סימן הנז' והרב זרע יעקב שם סתירת דבריו מתשו' הרשב"ש גם הרב עדות ביהוסף שאמון סימן כ"ט נמשך אחר דברי הב"ד יע"ש אכן הרב דב"מ בח"מ סי' מ' חלק ע"ד הב"ד ע"ש גם הרב אדרת אליהו בח"מ סימן י"ח דח"י פסק כב"ד בחצר ובתים דיכול לומר בשלי אני משתמש ודלא כהב"ד יע"ש וצריך להתיישב בדבר והכמ"ל ודוק:

סי' קע"ה ס"ס אחד מן האחים וכו' וי"א וכו' נ"ב כן הוא דעת מרן ז"ל וכמ"ש בסעיף כ"א יע"ש ועיין בספר מטה שמעון יע"ש:

שם סל"ם אם שהה המצרן וכו' נ"ב עיין שו"ת מהרימ"ט ח"מ סימן ס"ח ודוק:

שם בש"ך סק"ל בסופו ולזה הדעת נוטה עכ"ל נ"ב וכן הוא בתשובות הרי"ף הובא בש"מ למציעא דק"ח עיין שם:

שם בש"ע סמ"א במד"א וכו' נ"ב עיין בתשו' מגן גבורים סימן ל"ז:

שם סמ"ד טען וכו' ובעל המצר וכו' נ"ב או בשותף עיין מוהריק"ש ·

שם סמ"ט במורש אם הלוקח וכו' והמצרן אין צריך וכו' נ"ב עיין בית דוד ח"מ סוס"י ס"א ·

סי' קע"ו ס"ג האומנים שנשתתפו אעפ"י שקנו מידם אין הקנין מועיל בהם וכו' עכ"ל דין זה הוא מהרמב"ם פ"ה מהלכות מכירה דין י"ד וכתב עליו הראב"ד אבל השיתוף עצמו נקנה בקנין עכ"ל וכתב עליו הרב המגיד ז"ל וז"ל ונראה דעתו שאם הטילו שניהם ממון שיתופם לכיס אחד וקנו מידם שזה קנין גמור ובפ"ד מהלכות שלוחין ושותפין ביאר המחבר דין זה בארוכה יע"ש עכ"ל וראיתי להרב בני יעקב ז"ל בדרכ"נ שכתב עליו וז"ל ויותר תימה אגלי בדברי הרב המגיד ז"ל במ"ש ובבר ביאר המחבר דין זה בארוכה פ"ד מהלכות שו"ש וזה תימא שהרי אדרבא הפך זה כתב שכתב שם דאם נשתתפו שניהם שהטילו ממונם בכיס אחד צריך הגבהה או משיכה אבל אם קנו מידם אינו מועיל דאין מטבע נקנה בחליפין ע"כ הרי בפירוש כתב דדוקא הגבהה או משיכה אבל קנין לא מהני והוא בפירוש הפך דברי הראב"ד וכו' עכ"ל ·

ואחרי אלף מחילות ממעלת רבנותו תמהני על קושיא זו דלא ידענא מי הגיד לו דכונת הרב המגיד לומר דהרמב"ם ז"ל ביאר דעתו וס"ל כהראב"ד דלדידי הדבר ברור דכונתו לומר דהראב"ד ס"ל כן דמועיל אבל רבינו דבר ברור הוא דלא ס"ל כן שהרי בבר ביאר שם דלא ס"ל הא והיינו מטעמא דכתב רבינו שם דאין מטבע נקנה בחליפין ובקושיית מרן ז"ל בכסף משנה ובבית יוסף סימן ר"נ לדברי הרב המגיד בפירוש כונת הראב"ד ז"ל אבל בודאי שלא עלה על דעת הרב המגיד לומר דרבינו ס"ל כהראב"ד אלא להיפך ודברים אלו ברורים ופשוטים ודלא כהרב ז"ל ודוק ·

ובמ"ש רבינו שלא הקנהו לא עיקר ולא פירות עיקר הידוע מרן ז"ל נדחק ליישבם ועיין בס' לחם משנה ובס' בני יעקב דס"א ודק"ה ע"א ע"ש ומה שהקשה הרב בי"ע בדברי הרמב"ם בפ"ד מהלכות שלוחין דלמאי איצטריך טעמא דדבר שלא בא לעולם ע"ש בדק"ס נ"ל דרבותא קמ"ל אע"ג דקנו מיניה בדרך הודאה דלא שייך טעמא דק"ד משום דסב"ל איכא ודוק ועיין להש"ח בח"מ סימן ס"ב ועיין להרב בי"ע דק"ו ע"א ויש לעמוד בענין זה והכמ"ל ודוק ·

שם בש"ך סק"ח לענין וכו' מה שהרויחו בבר דוקא בקנין וכו' עכ"ל נ"ב ט"ס וצ"ל לאו דוקא כצ"ל ·

שם סוס"ח בהנה והפסד על שניהם עכ"ל נ"ב עיין בתשו' אבקת רוכל סימן קס"ח ·

שם סי"ד המשתתף וכו' ואחר כך הודיעו והסכים למעשיו וכו' נ"ב עיין סמ"ע סקל"ד ועיין בבית יוסף בסימן זה סל"ח ובש"ע סימן ל"ג סי"ז ע"ש ועיין תשובות שמחת יום טוב סוף סימן ע"ג ודוק ·

שם באותו סעיף שעבר ומכר בהקפה או שעבר ונשא ונתן בסחורה אחרת וכו' עכ"ל כן כתב הרמב"ם בפ"ה מהלכות שלוחין דין וכתב מרן בכסף משנה ובבית יוסף סי"ז דהטור פליג על הרמב"ם ז"ל יע"ש וראיתי להרב מהריט"ץ בתשובה סימן קל"ב שתמה על דברי מרן ז"ל ופירש דברי רבינו ז"ל בדרך אחרת יע"ש והרב בעל מטה יוסף בח"א ח"מ סימן ע' הביא דברי הרב הנז' וכתב וז"ל

גם מה שתמה על הרב דהא איתא שהטור חולק לא שוה שתיק אינה קושיא דאפשר לומר דהטור סובר דהאי דלא יתעסק בסחורה אחרת שכתב הרמב"ם ר"ל שלא ישנה מהסחורה שא"ל חבירו וכו' עש"ה ע"ש ואנא בריש קלה לא ידעתי מהו שח דהא ודאי לדברי מהריט"ץ כך הבין הטור ז"ל אך לדברי הבית יוסף שכתב על דברי הטור ואפשר שסובר שאותו דין אינו אלא דוקא במושיב את חבירו בחנות דמשמע דס"ל דהטור ז"ל פליג על דברי רבינו ומשום הכי לא כתב דין זה ולדבריו אמאי לא כתבו הלא רבינו ז"ל כתבו ואמאי השמיטו הטור והרואה יראה שלא נתכוון לזה מרן בבית יוסף ודבר זה פשוט ואיך שעלה מזור לקו' שכתב דא"כ הו"ל להזכיר דברי הרמב"ם ולחלוק עליהם ואיך סתם לם סתומי ובודאי דלדברי מהריט"ץ כך הבין הטור בפשיטות ולא פליגי אך לדברי מרן קושית מוהריט"ץ במקומה עומדת ולע"ד ודאי דהטור הבין כדברי מוהריט"ץ ודלא כמרן ודוק ועיין בתשו' למוהריט"ץ סימן קמ"א בשם עשה הרב הכרח לפירוש זה כדברי רבינו ודלא כמרן ז"ל יעוין שם ודוק:

שם סי"א אם פתחו פתחו לזה וכו' כ"כ עיין בתשובות מוהריט"ץ סימן נ"ה:

שם סע"ו השותפים שהתנו ביניהם שיעמדו בשותפות זמן קצוב כל אחד מהן מעכב על חבירו ואינו יכול לחלוק עד שיגיע הזמן או עד שיכלה ממון השותפות עכ"ל כ"כ דין זה הוא מרבינו הרמב"ם ז"ל בפ"ד מהלכות שלוחין ושותפין דין ד' ע"ש והנה נתבאר בבית יוסף בסימן זה מחודשים ט"ו דדעת הרא"ש והתוספות והנמוק"י דלא כדעת הרמב"ם ויכולים לחלוק ואע"ג דהכבדק חבית וכש"ע סוף כו' וס"ל דדעת הרא"ש והתוס' כרבינו מ"מ דעת הנמק"י ורבינו ושעיה שהביא הטור בסעיף נ"ג מבואר דלא כדעת רבינו ותוס"ש הלוי שביאו הרב זקן שמואל בסימן קע"ו הקשה על הנמוק"י ממ"ש בפ"ק דבבא בתרא דקי"ו דת"ר שיירא שהיתה מהלכת במדבר ועמד עליה גייס וטרפה ועמד אחד מהם והציל הציל לאמצע ואם אמר לעצמי אני מציל הציל לעצמו ומקשה בש"ס היכי דמי אי דיכולים להציל סיפא נמי לאמצע ואי כשאין יכולים להציל רישא נמי לעצמו ומשני אר"ח הכא בשותפים עסקינן וכגון זה שותף חולק אפילו שלא מדעת חבירו ופירש"י וכגון זה במקום איבוד ממון ע"כ מבואר מזה דדוקא במקום דאיכא פסידא שותף חולק לעצמו אפילו שלא לדעת חבירו אבל במקום דליכא פסידא יכולים לעכב זה על זה ודלא כדעת הנמק"י עכ"ל ע"ש ושנלע"ה לתרץ והוא במקום דאיכא פסידא אפילו באמירה בעלמא סגי וכמ"ש בגמרא אמר פליג דהיינו בשאמר לעצמי אני מציל הרי זה חלק מחבירו והציל לעצמו ואע"ג דיש ביניהם שאר חשבונות שצריך לחלקם אפ"ה כיון דאיכא פסידא באמירה בעלמא סגי אבל במקום דליכא פסידא לא סגי באמירה בעלמא אלא שצריך ג' שמאים שבקיאים בשומא וכדכתב הר"י והביאו הטור · אי נמי כ"ל ושוא עמ"ש הפוסקים דלא קאמרי הנ"י והר"י אלא היכא דליכא קנין אבל היכא דאיכא קנין יכולים לעכב זה על זה וא"כ היינו דשניא בין היכא דאיכא פסידא להיכא דליכא פסידא דבמקום דאיכא אפילו בקנין פליג דאדעתא דהכי לא קנה אבל מקום דליכא פסידא מהני הקנין איכרא דלות קשה מה שהקשה הזקן שמואל שם על חי' ע"ש ודוק:

היוצא מן האמור דבמקום דאיכא פסידא ודאי שותף חולק שלא מדעת חבירו כמבואר בסוגייא זו ופסקה הרמב"ם ז"ל בפ"ה מהלכות שלוחין ושותפין דין ז' ופסקוה גם כן הרי"ף והרא"ש ז"ל:

ומעתה יש לתמוה על הרב משנה למלך ז"ל בדין זה שכתב בטור סימן קע"ו נתבאר בבית יוסף שדעת מוהר"ם ז"ל והרשב"א דבמקום הפסד שותף חולק שלא מדעת חבירו וכו' עכ"ל ומבין ריסי עיניו ניכר דסברא זו היא מולאת מתורתו של מוהר"ם והרשב"א ז"ל וגם הרמב"ם לא ס"ל הכין שהרי סתם הדברים שכל אחד מהם מעכב על חבירו ולא חילק והרואה יראה שמהר"ם והרשב"א שם עצמם אמרו כן מסוגייא זו כמבואר מדבריהם וא"כ למה כתב הרב משנה למלך שדעת מוהר"ם וכו' והלא סוגייא ערוכה בידנו דאר"ח וכגון זה דהיינו במקום הפסד שותף חולק שלא מדעת חבירו ופסקוה כל הפוסקים ז"ל ובמש"ל ודברי הרב משנה למלך צל"ע ודוק ומקור דין זה שכתב מרנא בבית יוסף דנפק"ל ממ"ש בסמקבל יע"ש עיין בס' מנדבות כהן בחידושיו למציעא שתמה על דברי מרן והניחו בצ"ע יעוין עליו:

שם סי"ט בהנה שותף שחלה וכו' · כ"כ עיין בתשובות לחם רב סימן קי"ב ועיין דבר משה ח"ב סוף סימן נ"ו ועיין בית דינו של שלמה ח"מ סימן נ"ב יעוין שם:

שם ס"ת בסופו הדין עם הנשארים עכ"ל כ"כ נראה דהוא הדין אם הוזל נותנים לו בשער הזול דהשתא כיון דהת' מ"מ דידהו ואפשר שלזה כיונו מתחילה המע"ה כן מוכח מתשובות הגה"ת שם עיין שם:

שם סמ"ח במורה והולך לתת מן העיסקא וכו' כ"כ אם דרך בני העיר לתת מן העיסקא כנ"ל:

סי' קע"ח ס"ג במורה ואין השותף וכו' כ"כ וכן פסק מרן באה"ע סימן פ"ח בדין מוציא הוצאות על נכסי אשתו קטנה יע"ש:

סי' קפ"א ס"ב היו שנים שותפים וכו' כ"כ עיין לעיל סימן קע"ו סכ"ח בהגה ובסמ"ע סקס"ז עיין שם.

סי' קפ"ב בש"ך סק"א בסופו שאין לו בו זכות אלא לנחת ידי שמים וכו' כ"כ עיין משנה למלך פכ"א מהלכות מלוה בתשו' דס"ט ע"ב שדש"י והרא"כ"ד חולקים על זה וע"ש:

שם בסמ"ע ס"ג טעה וקנה וכו' כ"כ עיין בתשו' זרע אברהם ח"מ סימן כ"ט דקנ"ז:

סי' קפ"ג בש"ך סק"ב הגוהן וכו' אך ק"ל על הרא"ש גופיה וכו' כ"כ עיין תה"ד הלכות שלוחים סימן י"ח ועיין זרע אברהם ח"מ סימן ס"ר ובתשובות מוהר"ם די בוטון סימן מ"ז אורים גדולים סימן קל"ב ועיין שם:

שם סק"ט בסופו ופשוט הוא עכ"ל כ"כ עיין בתשובות אבקת רוכל למרן ז"ל שחלק בזה על המבי"ט ז"ל ע"ש בסימן קס"ג:

סימן

סי' קפ"ד ס"ב דאוכן שקנה וכו' · כ"כ עיין בתשובות פ"מ ח"ב סימן פ"א ובמשנה למלך פ"א מהלכות מכירה סוף דין ד' ·

סי' קפ"ה ס"ו כל סרסור שהודיע ללוקח וכו' שהרי לא פסק עמו דמים ואמר לו מכור בכך עכ"ל · דין זה הוא לשון הרמב"ם פ"ב מהלכות שלוחין ה"ז וצמ"ש הראב"ד ז"ל בהשגות והרב משנה כתב על דבריו ומה שפירש הר"א וכו' קשה דלמה הצריך רבינו שיאמר המוכר ללוקח מכור לך בכך וכך כשיאמר לסרסור מכור לי בכך וכך סגי עכ"ל ואחרי נו"ק אין כונת רבינו כמו שהבין הוא ז"ל שהמוכר אומר ללוקח והבין במילת מכור לך שהוא כשור"ק אלא הכונה שאומר לסרסור מכור לך והוא"ו בחולם וקאי לסרסור וש קמה על מילת לך כי כן טבע הלשון ויש לשונות במקרא מוכיחים כזה הלשון והוא פשוט וכן הטור דקדק והעתיק לישנא דרבינו לאמר מכור בכך יע"ש הרי מבואר דהבין כמ"ש והשמיט מילת לך והוסיף תיבת לאמר לרמוז על זה והוא פשוט וברור והקימא על הרב משנה למלך שלא עיין בטור בזה וגם כי נוסחא שלפנינו כמי דהמשך לישנא דרבינו כמ"ש וצ"ע ודוק וגם מרן בש"ע שהשמיט מילת לך ונמשך אחר דברי הטור ז"ל יעוין שם ·

שם בהמ"ע שקח"י אפילו בשעת וכו' וכל שכן בתורה והיינו וכו' · כ"כ עיין בתשובות בעי חיי ח"מ סימן לק"ט ·

סי' קפ"ו ס"ב נטלם וכו' כ"כ עיין לקמן סימן ס"נ ס"א בהגה בשם מהרי"ק ·

סי' ק"ץ ס"א קרקע ניקנית כאחד מג' דברים בכסף וכו' · כתב הרב קרית מלך רב בהלכות מכירה פ"א דין ג' וז"ל נראה מדברי הטור דבשנתן הלוקח את הכסף ואמר שדך מכורה לי קנה אעפ"י שלא אמר המוכר והקשה על זה מסוגיין דפ"ק דקידושין ד"ט גבי מאי דהקשה תלמודא התם הא לא דמי האי שטרא לשטר זביני ומשנע דהמוכר א"ל תן הכסף לפלוני עכ"ר וליתא דהא כתב הטור שם בסעיף ה' וכן אם הרס אחד אמר למוכר כסף שדה וכו' דהכל הדיבור הוא ללוקח ולא דבר המוכר כלום לא בתחילה ולא בסוף ואפילו הכי קנה וא"כ תמהני על הטור איך לא שת לבו לסוגיא דקידושין ותירוץ בעל קרית מלך רב נסתר ממה שכתב הטור בסעיף ה' וכמו שכתבנו ·

אשע"כ הנלע"ד דמעיקרא קושיא ליתא דהכא הטור לא נחית להשמועינן האי דינא לא בש"ר ולא בש"ה ושפיר דמוכר דצריך שיקנה ללוקח בכר כתבה הטור ז"ל בסימן קפ"ט וז"ל ואין המקח נקנה לקונה אלא אם כן יקנה לו המקנה עכ"ל וא"כ לא צריך תו לאשמועינן האי דינא לא בש"ר ולא בש"ה וזה ברור לע"ד ודוק · אוברא דהרמב"ם ז"ל לא ביאר דין זה וקשה עליו עמ"ש דין ג' ולא ידעתי למה לא הקשה על רבינו קושיא זו ותירוץ הרב קרית מלך רב יתורץ לדברי רבינו וק"ל ·

שם ס"ב בכסף וכו' ונתן לו כסף שוה פרוטה וכו' עכ"ל דין זה הוא מימרא דרב אסי בקידושין ד"ג ופסקו הרמב"ם פ"א מהלכות מכירה דין ד' וכתב הרב המגיד מימרא פ"ק דקדושין עכ"ל

ובאמת דתוחא על מרן הבית יוסף דנעלם מיניה האי סוגיא בבית יוסף וכבר רמזו הרב כנה"ג בהגהותיו לבית יוסף ועיין למוסף הדור הרב ראש דוד נר"ו בדי"ט ועיין להרב שמחת יום טוב בתשובותיו סימן נ"ן ויש לעמוד על דבריו וצ"ע ·

שם ס"נ האומר לחבירו וכו' · כ"כ הטור ז"ל בהלכתא כבי כתב דצריך שיאמר הלוקח שדך קנויה לי ע"ש וכתב מרן בבית יוסף ס"ז וז"ל וכתב כהלכתא כבי קמייתא שצריך שיאמר הקונה שדך קנויה לי כשם שגבי קידושין צריך שיאמר הקדשי לי וראיתי להמה"מ ז"ל בד"ן ע"ר שכתב וז"ל ודבריו תמוהים דהא קיימא לן זכין לאדם שלא בפניו ועוד דמדין עבד כנעני ילפינן לה ובעבד כנעני היכו צריך עכ"ל ובאמת דמרן בש"ע לא הונח לו בדברי הטור והשמיט דין זה ולא כתבו בספר הקצר וכמו שכתב הסמ"ע ע"ש הכל שנלע"ד בדעת הטור הוא דלא אמרינן זכין לאדם שלא בפניו אלא היכא כודאי דניחא ליה אבל הכא מאן לימא לן דניחא ליה דילמא יש לו צד פגם דלא ניחא ליה ושאני עבד דמסתמא ניחא ליה בשחרור ותירוץ זה קיימתיו מסברא ואף שהוא דוחק דהא ברישא דודאי ניחא ליה כיון שנתן הכסף ולמה ליה לומר תו שדך קנוי לי מ"מ יש ליישב ושבקיה דרחיק ומוקי אנפשיה ודוק ·

שם ס"ז בר"א וכו' במקום שאין דרך לכתוב וכו' כ"כ כתב מרן ז"ל בתשובות אה"ע סימן ו' רמ"ו כיון דבזמן הזה אין אנו נוהגים לכתוב שטר שדי מכורה לך הוי כל המקומות מקום שאין כותבין וקני בכספא יעוין שם

שם בש"ך סק"ד בר"א וכו' ובתשובות כן לב ספר ראשון וכו' כ"כ ועיין בח"ב סימן פ"ט ובתשו' לחם רב סימן קנ"ב עיין שם ועיין במשנה למלך בפ"א דמכירה יעוין שם בדין ד'

סי' קצ"א ס"א בשטר כיצד כתב לו על הנייר וכו' אפילו אין עדים כלל וכו' עכ"ל הוא לשון הטור וכתב מרן בבית יוסף ומה שכתב אפילו אין עדים כלל שם דברי הרמב"ם בפ"א ונתבאר בסימן קפ"ט עכ"ל והרב בעל בני יעקב דקל"א ע"ר כתב וז"ל ומה שנתבאר בסימן קפ"ט הוא מאי דאמרינן לא איברו סהדי אלא לשקרי דאעפ"י שאין עדים בדבר כיון ששניהם מודים סגי נראה דס"ל דמה שכתב אפילו אין עליו עדים היינו לומר דאפילו אין בו עדים כיון ששניהם מודים מהני והוא קימא שמדברי הרא"ש הנז' נראה דבשטרי מתנה ומכר שפם לקנין לא מהני אלא דוקא שימסרנו בפני עדים דאי לאו הכי ל"ק כלום ואפילו מודה שנתנו כיון שלא נגמר הקנין עדין יכול לחזור בו ומה שכתב אפילו אין עליו עדים כלל היינו לומר דאפילו אם עדים אין חתומים בו אם לקנו בע"מ סגי וכך הם גם כן דברי הרמב"ם שם וכן נראה מדברי הרב המגיד שלא כתב עליו הא דלא איברו סהדי אלא לשקרי וצריך עיון עכ"ל ·

ואנא בריה קלה תמהתי על דברי הרב ז"ל חדא דלעד"כ דהטור ז"ל לשונו מוכח בבירור דס"ל דלא בעינן לא עידי חתימה ולא עידי מסירה דהא כתב הטור אפילו אין שם עדים כלל משמע דלא יש עדים כלל ואם נירסתו בדברי הטור

אפילו

אפילו אין עדים ולא נרים מילתא כלל ומזה דייק דס"ל כדעת אביו ז"ל לא ידעתי מאי ק"ל על מרן ז"ל דהא מרן העתיק לשון הטור כמו שהוא דאפילו אין עדים כלל נראה דכן היא גירסתו בדברי הטור ולשון זה מוכח דלא בעינן לא עידי חתימה ולא עידי מסירה ואפילו אי יהיבנא ליה שיטתיה לא ידעתי דמי הגיד לו דפירוש נתבאר בסימן קפ"ט הוא דגם עידי מסירה לא בעי הלא י"ל דמ"ש נתבאר בסימן קפ"ט הוא על עידי חתימה אבל עידי מסירה בעי ומ"מ אינו נוח לי דמדברי הטור שהעתיק הבית יוסף נראה דלא בעי כלל לא עידי חתימה ולא עידי מסירה וכמו שכתבנו ·

ומ"ש וכך הם דברי רבינו הרמב"ם לא ידעתי מי הגיד לו זה דאדרבא מלישנא דהרמב"ם מוכח בבירור דלא בעי עדים כלל ממה שכתב אעפ"י שאין שם עדים כלל משמע דלא בעי לא עידי חתימה ולא עידי מסירה ומה שהביא ראיה מדברי הרב המגיד אינה ראיה דהא כבר כתב הרב המגיד לעיל עמ"ש הרמב"ם ואם נקנה המקח באחד מהדרכים וכו' ואין צריכין לעדים כלל וכתב הרב המגיד עלה הא דלא אמרו שהדי אלא לשקרי וא"כ לא צריך תו להביאה כאן וזה ברור סוף דבר דברי מרן לענ"ד שרירין וקיימים והטור ז"ל משמע מלשונו אדרבא דלא בעינן עדים כלל וכמו שכתבנו ומעתה הדרא תימא על הטור ז"ל שאיך כתב ספק דעת אביו הרא"ש ז"ל והרב בעל בני יעקב שרצה להשוות דעתו לדעת אביו ז"ל כבר כתבתי שאינו נוח לי שאדרבה היה לו לבאר בפירוש שצריך ע"ת ועל הכל צ"ע ודוק ·

שם ס"ב בר"א וכו' כתב מרן בכסף משנה ובבית יוסף ולי נראה שאפשר לומר עפ"י הקדמה זו שרבינו מפרש דר"א לא לחלוק על דברי ר"ה בא וכו' עכ"ל וכתב הרב משנה למלך וז"ל ולפי פירוש זה קשה ליה לרבינו להביא דברי ר"ה היכא דכתב לו שדי מכורה ונתונה לך דקנה ואפשר דאין כאן מקומו עכ"ל ולא ידעתי איה מקום כבודו ופשפשתי ולא מצאתיו היכן כתבו רבינו · ולעיקר הקושיא יש ליישב דכיון דר"א לא לחלוק אתא שא"א ליישב בענין אחר ומ"מ פירוש דרב המנונא ניחא ליה א"כ שבקינן פירוש דרב אשי ועבדינן כרב המנונא כיון דגם רב אשי אינו חלוק עליו אלא שיש לפרש כנוונא אחריתי א"כ תפסינן פירושא דרב המנונא דהו"ל פירושא דרב המנונא סברת רבים דגם רב אשי מודה בו כן נראה לי נכון ליישב ודוק

שם ס"ג שטרי דידן שטרי קנין הם עכ"ל נ"ב עיין לקמן סימן רנ"ג סל"ב בסמ"ע סקע"ב ועיין בתשובות מוהרשד"ם ח"מ סימן רכ"ה דבנוסחת שטרי דידן שכותבים לשון הודאה דלכ"ע הוו שטרי ראיה נינהו ע"ש וכן כתב הרב זרע אברהם בתשו' ח"מ סימן ח' דנ"ג ע"ג עיין שם ·

סי' קצ"ב ס"א בחזקה כיצד וכו' · כתב הרב משנה למלך בפ"א דמכירה דין ח' וז"ל ושמעתי שחכמי הדור שלפני נסתפקו במשכיר בית לזמן קצוב ואחר כך רצה להשכירה או למוכרה לאחר אחר שיכלה זמן הראשון אי מהני לשני קנין חזקה דנעל גדר פרץ כיון שזו הבית קנויה לראשון לכל תשמישיה וגם נסתפקו אי מהני נתינת רשות דשוכר ראשון כדי שיקנה השני וכו' עכ"ל · ולענ"ד דיש להביא ראיה לזה קצת ושות ממאי דאמרינן בקידושין דכ"ז ויפה כח שניהם מכח חזקה וכו' שהנכסים קונים בע"ע משא"כ בחזקה וכו' עיין שם ואי אמרינן דאם רצה הראשון להקנות לשני בחזקה אינו מועיל וגם אם נתן רשות אמאי לא קאמרו בגמרא ויפה כח שניהם מכח חזקה דשניהם קונים בשכירות בענין שהיא שכורה לאחר דיכול אחד לשוכרה או לקנותה משא"כ בחזקה דאינו יכול להקנות בחזקה אם היתה שכורה לאחר אלא ודאי דס"ל לתש"ס דיכול להשכירה לאחר ואפילו בלא רשותו נראה דמהני דלא קאמר דבשניהם אף שלא ברשותו ובחזקה לא מהני אלא ברשותו אלא ודאי דגם בלא נתינת רשות מהני ומיהו נראה דעתם דיכול להקנות לאחר בכסף או בשטר ועיין מוהרשד"ם סימן רע"ז ורפ"ח ועיין במשנה למלך פ"ו משכירות דין ט' יעוין שם ודוק :

שם ס"ז המוכר וכו' ונעשו שתיהן בשדה אחת וכו' נ"ב זהו פירוש הרמב"ם אבל להרא"ש והטור אינו כן עיין לקמן סימן רכ"ו בסמ"ע סקי"ו :

סי' קצ"ה סע"ד שכירות ומשכונא אינן נקנים במלוה עכ"ל נ"ב בדין שני אחים שקיבלו מראובן סך מה בתורת עיסקא ושותפות וכשרצו להפריד השותפות לא נמצא אתם מעות לפרוע ונתנו לו שטר משכונא בקנו"ס וכו' על חצר שלהם בנכייתא אם מהני מדינא אם לאו · הנה מרן ז"ל בסימן ר"ד סע"ד בדין מכירת מטלטלין לענין מי שפרע הביא דין זה במחלוקת יש אומרים ויש אומרים דלסברא קמייתא דחוב הוי בנתינת דמים ולי"א בתרא לא קנה ולפי הכלל המסור בידינו דדעת מרן לפסוק כיש אומרים בתרא וקם דינא דבחוב לא קנה וכן סתם הדין בסימן קל"ט ס"ב וז"ל אבל אם היה עליו חוב שלא מחמת המכר ואמר לו מכור לי מטלטלין בחוב שיש לי אצלך ונתרצו שניהם לא קנו ע"כ וכתב הסמ"ע דלענין קנין גמור אפילו לסברת יש אומרים קמייתא ל"ק משום הכי סתם דלא איירי כאן בדין מי שפרע עש"ב גם מרן הכא פסק כן ולכאורה נראה דבנדון דידן לא קנה המשכונא :

האמנם הרואה יראה שבסימן ס' ס"ז כתב ראובן הלוה לשמעון מנה ואחר זמן כתב לו שטר בקנין מחמת שלויתי מפלוני מנה ונתחייבתי לו בהם משכנתי לו קרקע פלונית זכה במשכונא ע"כ ודין זה שורשו מדברי בעל התרומות וביאר שם דכיון שהיה שם קנין קרקע נקנה בחליפין עיין שם ועוד כתב שם דאין לדקדק במשכונא דהוינו אלא לפירות משא"כ בקנין קרקע דמקני גוף הקרקע עיין בבעל התרומות שע"ד ח"ג אכן לפי זה קשה איך סתם הכא דשכירות ומשכונא אינם נקנים במלוה וביאר מורם טעמא משום דהויין כמכר הא לא דמו כלל דזה קנין הגוף וזה קנין פירות כדכתב הבעל התרומות ז"ל ויותר קשה על מורם שכתב טעם זה ·

וראיתי להרב חוט המשולש סימן ד' די"ו ע"ד שעמד בזה וכתב דהסיא דסי' ס' איירי

בקנין

כקנין ושטר משום הכי קנה והביא לישנא דבעה"ת ולא ידעתי איך יישב סוף הלשון שכתב ועוד דאין לדקדק וכו' דמשמע דאפילו בלא קנין השטר מהני במשכונא מיהו הרואה יראה דלישנא דבעה"ת עצמו צריך ישוב דלכאורה דבריו סתרן אהדדי דתחי' כתב ומסתברא שאילו לא היה כאן לא קנין ולא שטר באמת היה דינו שכשם שאין הקרקע נקנה במלוה כן אין המשכונא נקנית במלוה אבל עכשיו בדין זה שהוא בקנין ובשטר הסתלק מכאן כל ספק שיש לנו לומר דל הוי מהכא וליקני בקנין ושטר ע"כ הרי פשיטא ליה דאי ליכא שטר וקנין לא קני משכונא כדין קניית קרקע ממש ושוב כתב ועוד דאין לדקדק אם קנה המשכונא אם לאו שהרי מ"מ שעבוד חובו קיים ואין קנין שמשכונא מועיל אלא לאכילת פירות בלבד ע"כ ונראה מזה דחוב קני במשכונא אפילו בלא קנין ושטר משום דהוי לאכילת פירות ולא קנין הגוף וזה סותר הקודם :

והנלע"ד ליישב לפי חומר הנושא והוא דבמשכונא גופא איכא תרי גווני דבמשכונא סתם דינה כאפותיקי סתם ואם פירש לו שלא יהא לו פרעון אלא מזו דינה כאפותיקי מפורש וכמו שפסק כן מרן לעיל סי' קי"ז ס"ב יע"ש · וכ"ת לדונא אי יכיל הבע"ח לסלוקי בזוזי אם לאו דבאפותיקי מפורש אינו יכול לסלקו בדמים וכה"ג משכונא הוי כמכר הגוף משא"כ משכונא סתם דיכול ב"ח לסלקו בדמים לית ביה קנין הגוף כלל כי אם שעבוד בעלמא ובאין ספק דשכירות הוי כאפותיקי מפורש ועדיף מיניה שהרי אפילו בעל הקרקע אינו יכול לסלוקי בזוזי תוך זמנו או כל זמן שלא נשלם הדמים שהקדים לו וכמו שמבואר סי' שי"ב ס"א ומשו"ה הכא דאיירי בשכירות ומשכונא דרמיא לה כגון שהוא כאפותיקי או תוך זמן הסילוק אינם נקנים במלוה משום דהווין כמכר שהרי יש לו בגוף הקרקע משא"כ במשכונא סתם והיא היא מה שפסק בסימן ס' קני במלוה כיון דאינו אלא לפירות בעלמא ובעה"ת תחילה כתב דבלא קנין לא שני היינו היכא שהקנה לו גוף ות"ש אחר כך ועוד דאין לדקדק וכו' איירי במשכונא סתם כנ"ל ודוק :

סי' קצ"ו ס"ד בסופו ויש אומרים שלא קנאו · כ"כ בסימן קנ"ב לא הביא מרן דעת המחלקים ונראה דאזיל לטעמיה שכתב בב"מ בפ"ב דמכירה דבעבד אפילו הרמב"ם אפשר שמודה יע"ש גם עיין בבית יוסף בסימן קנ"ב מה שכתב לדעת הרא"ש ודוק :

סי' ר"ב ס"ו אין קרקע נקנה בקרקע · כ"כ עיין בתשובת הרשב"א שהביא בבית יוסף סימן קנ"ח מקודשים כ"א :

סי' ר"ג ס"ד בד"א וכו' נתחייב ליתן לו כ"ה דינרי כסף כמו שפסק עמו אם חדשים חדשים אם ישנים ישנים וכו' עכ"ל הנה דין זה הוא מבואר בסו' דפרק הזהב דמ"ח ע"ב דאמרינן התם הי אמר ליה מארנקי חדשה והיכנא לך לא מצי יהיב ליה מארנקי ישנה דא"ל ליישנן קא בעינא ע"ש מבואר מזה דאי א"ל חדשים הוא נותן לו חדשים משום שיש להם עדיפות אם רוצה ליישנן ואם א"ל ישנים אינו יכול ליתן לו חדשים דודאי ישנים עדיפי ומזה למד הנמקי יוסף דהפוסק עם חבירו כור חטים ופסק ליתן לו חדשים אינו יכול ליתן לו ישנים ואם פסק ליתן לו ישנים אינו יכול ליתן לו חדשים ובודאי דגם התם איכא צד דחדשים עדיפי ואיכא צד דישנים עדיפי · אך באמת נראה שאם פסק עמו דבר שבודאי הוא גרוע ואין בו שום עדיפות ודאי דיכול ליתן לו החשוב ואין הלוקח יכול לחזור בו וראיה לזה מדאמרינן בפ' הספינה במשנה ופסקה הרמב"ם פי"ז מהלכות מכירה והטור סימן רל"ג וז"ל הרבעה מדות וכו' רעות ונמצאו יפות המוכר יכול לחזור בו ולא הלוקח ע"כ ולכאו' הרי זה סותר דין זה שלפנינו אלא ודאי של"ל דהתם אין שום צד עדיפות ברעות מיפות אבל הכא שיש צדדים לכאן ולכאן ואף שהרוב של צד א' הוא טוב יותר יכול לומר לו איני רוצה אלא בזה כיון שיש צד עדיף וטוב מחבירו :

ומעתה מ"ש הרב בני יעקב דקי"א להביא ראיה על מה שנשאל הרב שער אפרים בסימן קס"א על ראובן שנתחייב לשמעון בעורות שהם קלים ונתן לו עורות כבדים שהם שוים יותר וכתב הרב דהלוקח יכול לחזור והביא ראיה מהסוגיא דאמרינן כאן לה דינר של כסף ונמצא שהוא של זהב דאינה מקודשת והרב הנז' כתב עליו דמההיא דקידושין אין ראיה אך מזה יש ראיה דאמרינן דאינו יכול ליתן מארנקי ישנה יע"ש · ובאמת לפי מה שכתבנו ראיה זו בודאי טובא ומוקמא שהרי בנדון הרב שער אפרים אעפ"י שהכבדים הם שוים יותר מ"מ במלאכת הלוקח יותר טוב לו הקלים מהכבדים ודמיא לדין זה שכתב מרן ז"ל דאע"ג דהחדשים אינם טובים מ"מ למי שרוצה ליישנן יותר נותן החדשים מהישנים ועפמ"ש אתה תחזה מ"ש המש"ל בפי"ז דמכירה לדמות נ"ד דהרב ש"א להביא דפרק הספינה אחרי כע"ד אין הנדון דומה לראיה דהתם אין שום עדיפות ברעות כלל משו"ה אין הלוקח יכול לחזור בו אבל בנדון הרב דיש להם צד עדיפות הא לא דמיא אלא להביא דפרק הזהב שפסק רבינו הכא ולא ידעתי מה יענה המש"ל לדין זה אלא ודאי דיש לחלק כמ"ש ולא קשה להשער אפרים ז"ל כלל ודוק :

שם ס"ט בסופו וכן יכול וכו' ע"י שימכור לו וכו' עכ"ל כ"כ השט"ח הגה ד"א וכמבואר סימן ס"ו סיו"ד עיין שם :

סי' ר"ד ס"א מי שנתן וכו' וחייב לקבל מי שפרע וכו' עכ"ל כ"כ עיין לעיל בסמ"ע סימן קפ"ב סקי"ד בדין שליח שקנה בכסף יעויין שם ועיין סימן קפ"ג סקיו"ד :

שם סיו"ד במורם רק שהרויח לו זמן וכו' עכ"ל כ"כ ואסור לעשות כן משום רבית וכמ"ש באה"ע סימן כ"ח סיו"ד ע"ש :

סי' ר"ה ס"ב כמד"א וכו' אבל מתנה וכו' כ"כ עיין בתשו' משפט צדק בח"ג סי' יו"ד :

שם ס"ד יש מי שאומר וכו' אין כאן תורת מקח וכו' עכ"ל כ"כ ובשתות מחזיר את אונאתם וביתר משתות הוי ביטול מקח עיין פרישה :

שם בסוף הסימן אנסוהו לקנות אינו קנין כ"כ עיין בהרב המגיד בהלכות אישות פ"ד דין א' ע"ד הראב"ד ועיין מהרח"ש בקו' מודעא דז"ך :

שם

שם ס"ז אחד האונס וכו' ומעשה באחד שמכר פרדס מחבירו וכו' עכ"ל וכתב מרן בבית יוסף דהרב המגיד פירש דהענין הוא שראו בפירוש שאם שמעו המפקדה לא היה כאן אונס וכו' עכ"ל ובמחו' ס"ס כתב וז"ל כתב הר"ן בפ' חזקת אהא דאמרינן בההיא פרדיסא שאע"פ שלא היה אונס בבירור לגמרי אלא שהכמין עדים אחורי הגדר ושמעו שלא נתרצה למכור אלא בהכרח כגון זה מעידים על אונסו והכל לפי דעת השומעים וכ"כ הראב"ד ולזה הסכים הרשב"א עכ"ל וכ"כ הנמוק"י הביאו מרן מחו' ס"א ע"ש :

והנה ראיתי להסמ"ע שכתב וז"ל כתב הע"ש כגון שהטמין וכו' כתב כן כדי ליישב קושיית הרב המגיד וכו' ולא הועיל כלום דהכתי איכא למימר שלא היה יכול למוכרה לו דאם יכתוב שטר השכירות ויטעון לקוחה הוא בידו ויביא המשכיר עדים שהטמין ויעידו ששמעו ממנו שאומר שיכתוב שטר השכירות וממילא ידעו הב"ד שכן עשה ויוציאו ממנו השדה עכ"ל · והרב בית יעקב בתשו' סימן ע"ג השיב עליו והדברים תמוהים כי לא על הע"ש תלונתו כי דבריו הם דברי הנמקי יוסף והרשב"א והראב"ד והר"ן ובחינם השיג על הע"ש ומה שהקשה הסמ"ע על ס' ז' לא על הע"ש תלונתו כי אם על גדולי הפוסקים הנז"ל והם יישבו את הקושיא במתק לשונם והוא שהק' דהכתי לא הו"ל למוכרו שהי"ל להביא עדים שהטמין דמשו"ה כתב הר"ן דאין אונס ברור דהא מבת קו' שהק' וגם כתב דהכל לפי דעת השומעין וגנבת והאה שלא יהיה האונס ברור לדעת השומעים משו"ה מכר לו עכ"ל ובאמת דאחרי נע"ר דבריו שמה תמוהים ודברי הסמ"ע הם ברורים ונזקים שהרי הרואה יראה בדברי הרב הלבוש שכתב וז"ל ומעשה באחד וכו' וקודם שמכר לו מסר מודעא בפני עדים והטמין עדים אחורי הגדר ושמעו שלא נתרצה למכור לו אלא על ידי גיזום זה שא"ל אם לא תמכרנו לי בכישנא לשטר משכנתא והימנא לקוח הוא בידי וכו' עכ"ל נראה ברור שהעדים כך שמעו בפירוש ובאמת תמוה דאם שמעו כן יביא עדים ויעידו ובשלמא לפירוש הר"ן והרשב"א ושאר פוסקים שפיר איכא למימר דלא היה אונס ברור כל כך ומשו"ה אינם יכולים להעיד אך לדברי הע"ש קשה טובא · ואף שראיתי להרב מהרא"ג בס' תיקון סופרים דקל"ה דהקשה לדברי הראשונים דהכתי יבואו העדים ויעידו שבהכרח מכר מ"מ קושיא זו אפשר ליישבה אך לדברי הע"ש קשה ובאמת דהם יישבו במתק לשונם וכמ"ש הרב הנז' והרב לא שת לבו לדברי העיר שושן שלא כ' כלשון הראשונים ז"ל ונ"ע ודוק :

שם סי"א העידו עליו וכו' ואם אמר וכו' עכ"ל עיין מ"ש הרב המגיד בשם הרשב"א ועיין מ"ש עליו הר"ן ז"ל בפרק חזקת יע"ש ועיין מ"ש מהריט"ץ בתשו' סימן קפ"ט ומ"ש בסוף דבריו אמנם כשהאונס ניכר לכל לב"ד ולכל באי עולם אין אנו צריכים לעדות העדים והרי אנו יודעים שבאונס פסל העדים הילכך אין בדבריו כלום והעדים כשרים והמודעא קיימת וכו' עכ"ל :

וראיתי בכת"י להרב משה בן חביב ז"ל בגליון שכתב וז"ל ולענ"ד יראה דנהי דידעינן דאנוס הוא מ"מ לא ידעינן שמסר מודעא כיון שפסל עידי המודעא א"כ הו"ל כאילו לא מסר מודעא עכ"ל ואחרי נו"ק דברי מהריט"ץ ברורים דכוונתו דודאי כיון שאנו יודעים שהוא אנוס ודאי ידעינן שמחמת אונסו פסל את העדים וא"כ הוא הוה להו העדים כשרים כיון שמחמת אונסו הוא שפסלם וכיון שכן המודעא קיימת שהרי עידיה כשרים הם ולא פסולים ודברי מהריט"ץ מדוקדקים הדק היטב כזה והוא ברור לענ"ד וק"ל :

סי' ר"ז סט"ז כשהיו חכמי ספרד וכו' · עיין בהרב החנא ז"ל בס' משנה למלך פי"א דמכירה דין י"ח שהקשה על תשו' הרא"ש כלל ל"ד מסי' כ' לסי' ג' והניח בצ"ע יע"ש ובאמת שכבר עמד על קושיא זו מרן ז"ל בבית יוסף אה"ע סימן ן' ובכ"ע והב"ח שם ובכנה"ג הגה"ה ויישבו לזה עיין עליהם · ואנכי העבד אחרי לחיכת עפרות רגליהם נ"ל לתרץ כי לא כתב הרא"ש בסימן ג' דיש לבטל הענין מטעם אסמכתא אלא כשהוא כגון דיריה דשית הקנס חמשה אלפים זהובים כי בודאי סך כזה לענ"ד ודאי דהוי גוזמא ולא סמכא דעתייהו · ודאי להכי שכתבו הפוסקים דאם אמר אם אוביר ולא אעביר אשלם אלפא זוזי דהוי אסמכתא ומשו"ה דאם אמר אם אוביר ולא אעביר אשלם במיטבא דלא הוי אסמכתא דלא אמר הרא"ש ז"ל דקנס של שידוכין לא הוי אסמכתא אע"ג דגוים אותו כמות דהוי גוזמא מעט כמו אשלם במיטבא וכן כתב הטור דהוי כמו אם אוביר ולא אעביר אשלם במיטבא אבל ודאי היכא דהוי דבר גדול כמו סך חמשה אלפים זהובים אין מי שיאמר דהוי כמו אשלם במיטבא אלא דהוי כמו אשלם אלפא זוזי דהוי אסמכתא כנ"ל ביישוב דברי הרא"ש אהדדי ודוק · והרב בית שמואל באה"ע שם תירץ לקושיא זו והביא משם בעל ג"ש שתירץ בדבריו ודבריו דחוקים ויש להשיב עליהם כאשר יראה המעיין ודוק ·

שוב אחר זמן רב ראיתי להרב משפט צדק ח"א סי' א' שנכנס בתירוץ זה ואחריו החזיק כמעט תירוץ זה מהרח"ש שם בתשו' סמ"ן וחלו"ת שכיונתי לדעת גדולים :

שם סכ"א חייב עצמו בדבר שאינו קצוב וכו' · נשאל הרב מהריט"ץ בתשו' סי' רנ"ד על א' שנתחייב לזון את יתום ואשתו כל ימי חייו ועכשיו העני ואין לאל ידו · והשיב דכיון דהוא פלוגתא דלהרמב"ם ורבותיו לא נשתעבד ולהראב"ד והאחרו' ז"ל נשתעבד א"כ יכול לומר קים לי כהרמב"ם ז"ל וסיים בסו"ד וז"ל וכן כתב הרב מהריק"א ז"ל בש"ע כדעת להרמב"ם ז"ל ורבותיו לא נשתעבד ולכל הפוס' האחרונים נשתעבד וחולקים עליו עכ"ל הרי שלא פסק הדין בפשיטות אלא כדברי הרמב"ם ז"ל הלא במחלוקת שנויה וכו' עכ"ל ונעלם מעיני כבודו מה שפסק מרן בסימן ס' ס"ב שכתב דהרי נקיטינן כהאחרונים ז"ל (א"ה וכ"כ מרן ב"ב בסי' קנ"א סי"ג יע"ש בא"ת) ובודאי דמרן סמך עמ"ש בסי' ס' ולא גילה דעתו בסי' ר"ז וא"כ הנלע"ד דאי כאתריה דמר קבלו עליהם הוראת מרן א"כ אינו יכול הנתבע לומר קים לי כהרמב"ם נגד דעת מרן וחייב לזון אמנם מטענה השנית יש לפוטרו וכמ"ש הרב ז"ל ודוק :

סי' ר"ט ס"ד אין אדם מקנה לחבירו דשלב"ל וכו' · כתב מרן בסימן רי"ב דאיתא בתוספתא המוכר עובר בהמתו לא עשה ולא כלום וכו' ע"ש ושכיח דברים אלו המש"ל בפכ"ב דמכירה דין י"ד וכתב ועיין מהרי"א סי' ק"ל וצ"ע עכ"ל : ולי הלעיר אחרי נע"ד נ"ל דלק"מ דהא שפיר אפשר לומר דכונת התוס' היא דוקא כשאינם מעוברות ומש"ה לא קנה אך כשהבהמה או השפחה מעוברות אה"נ דקנה ולא הוי דבר שלא בא לעולם ואין מדברי התוס' שום הכרע · אך מאי דק"ל לדברי מהרי"א הוא מ"ש הטור הכא דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם וכו' אפילו היתה שפחה או בהמה כבר מעוברת וכו' ע"ש ופסקו מרן ז"ל בס' השלחן הכא יע"ש הרי דאף במעוברות הוי דשלב"ל · וגם את זה ראיתי להרב כנה"ג דס"ו שכתב וז"ל וכתבו הרמב"ם פכ"ב דמכירה והטור בסי' ר"ט ואף אם הבהמה מעוברת או השפחה לא קנה וכו' הרי שגם דעת הרמב"ם הכי הוי דאף במעוברות לא קנה יע"ש :

ובאמת כשאני לעצמי חפשתי בדברי הרמב"ם ולא מצאתי שכתב כן ואף שראיתי בדין המזכה לעובר דאע"ג שהיא מעוברת לא קנה משמע דס"ל דעובר הוי דשלב"ל וא"כ גם בדין שמזכה עובר לחבירו ה"נ אעפ"י שהיא מעוברת לא קנה כיון שהעובר הוי דשלב"ל מ"מ לא דמי מחייב עצמו בדשלב"ל כמו לדשלב"ל שיש לחלק טובא וכמ"ש הרב עצמו אחר זה באורך יע"ש ועוד שמדבריו נר' שכ"כ רבינו בפירוש · ובאמת דהא ליתא ואיך שיהיה דברי מהרי"א צ"ע שהם הפך הטור ולדברי הכנה"ג גם הפך דברי הרמב"ם וצ"ע :

שם בש"ך סקי"ג בסופו מקבל מש"פ עכ"ל נ"ב עיין כנה"ג דכ"ו ובתשו' בית דינו של שלמה ע"א יו"ד סי' ט' יע"ש :

סי' ר"י ס"א וכן בנו כאחר דמי עכ"ל נ"ב עיין תרומת הדשן סי' ש"ן הביאו מורם לקמן סימן רנ"ז ס"ב בהגה :

סי' רי"א ס"ח בסופו דקנין פירות שנשאר לאב וכו' עכ"ל נ"ב ועיין במרדכי דגטין סוף פרק השולח ע"ש :

סי' רי"ג ס"א המוכר פירות שובך ופירות כוורת לחבירו וכו' אלא הוא מוכר שובך לפירותיו וכוורת לדובשה וכו' עכ"ל הוא ל' הרמב"ם פכ"ג דמכירה דין ט' וכתב הראב"ד דוקא שא"ל כך עכ"ל וכתב מרן ז"ל בכסף משנה עליו ואני אומר שאין זה במשמע דברי רבינו ועוד מאי אצטריך לאשמועינן הא כבר השמיענו דבית לדירה ואילן לפירות מהני וה"ה לשובך וכוורת עכ"ל ואנכי לא ידעתי מי גילה רז זה למרן דהראב"ד לפרש דברי רבינו אתא דלדידי הדבר פשוט שדעת הראב"ד להשיב על רבינו דאיך כתב אם מכר פירות שובך הוי כאומר שובך לפירותיו והוא פליג וס"ל דדוקא על שאמר בפירוש שובך לפירותיו אבל אם אמר פירות שובך לא קנה והוי כפירות אילן דלא קנה ומרן בכסף משנה נדחק ליתן הפרש בין פירות אילן לפירות ע"ש וצ"ע :

סי' רט"ו בסמ"ע סקכ"ט הקנים החלקים וכו' ובטור כתוב גם קנים וכו' עכ"ל נ"ב ליתא כן בטור עיין פרישה ומ"ש בסוף הסעיף הנז' וס"ל דהזמנה לכך לחוד וכו' שנ"ב ובפירוש כתוב דהזמנה לחוד לא מהני יע"ש :

סי' רט"ז מכר לו שדה וכו' שהמוכר בעין יפה הוא מוכר ע"כ והשיגו הראב"ד בפכ"ד דמכירה ע"ש ולדברי הראב"ד עדיין היה צריך להק' מ"ש רבינו לעיל בפכ"ג דין ד' וז"ל ואעפ"י שלא פירש לגבי עצמו משייר בעין יפה הרי בפי' אמר דס"ל דאדרבה לעצמו משייר בעין יפה וצ"א המוכר בעין יפה הוא מוכר ודוק :

שם ס"ה שאומר לחבירו קרקע ודקלים אני מוכר לך אפילו לא היו לו דקלים אם רצה לקנות לו ב' דקלים נקנה המקח וכו' עכ"ל וכתב הה"מ בפכ"ד דמכירה דין י"ג וז"ל דמנ"ל דמי שמכר לחבירו שני דברים בערך א' ולא פרט לו ערך של כל אחד ואין לו אלא אחד שיתחייב שלוקח לקנותו והרי יכול לומר לו לא הייתי קונה הא' בלא חבירו עכ"ל והרב בני יעקב דל"ז ע"א הקשה לדברי הרב המ"מ ז"ל נוסחא בפ"ט מהלכות הלו גבי עייל ונפיק אזוזי דאם הוא דלוי ליחלק קנה כנגד מעותיו וכו' שכן עיקר ע"ש ומ"ש מהא דדקלים יע"ש מה שתי' ונ"ל ליישב דהתם שאני כיון שהוא דבר אחד יכול לומר לו טול כנגד מעותיך אבל בהא דהוו שני דברים יכול לומר אני קונה האחד בלא חבירו וגם דלא פרט כל אחד בכך מה אלא בסתם ויכול לומר לו דלא קניתי האחד בלא חבירו משא"כ בדבר אחד והנראה דחילוק דמסתבר הוא לחלק משני דברים לדבר אחד כאשר יראה הרואה וק"ל · ואחרי כותבי זה ראיתי להרב מש"ל בפי"ב דזכיה דין י"ב שכתב וז"ל ומיהו במכר לו שני דברים שאינם שוים כאחד כגון בגד ופירות בשער אחד איכא למימר דאפילו מאן דס"ל שאין המקח נקנה לחצאין במין א' בשני מינין שאני ונקנה כל אחד בפני עצמו אם האחד איתא בעולם עכ"ל · והרי הוא בהפך מ"ש אנכי בעניי והמעיין יבחר ודוק :

ונשאל הרב מהרשד"ם בתשו' ח"מ סימן רנ"ג על מי שמכר לחבירו חצר ובתים וכו' אבל בנ"ד שנתן שני אלפים לבנים בשביל החצר והבתים נמצא החצר קשור עם הבתים והבתים עם החצר וכיון שזה לא קנה גם זה לא קנה עכ"ד · והרב בני יעקב הקשה דנ"ד הוי ממש כההיא דארעא ודיקלי שנתן לו ערך אחד על שני דברים ואפ"ה יש שסוברים דמכר השדה קיים ס"ה הרא"ש והטור והשב"ס וכו' ואיך כתב הרב בפשיטות דלא קנה האחד בלא חבירו עכ"ל ע"ש בדל"ז ע"ד · ואחרי נע"ר דבריו תמוהים דמה דמות יערך לנדון הרשד"ם לההיא דארעא ודיקלי דהתם שאני דהחצר והבתים הם מחוברים זה בזה מש"ה לא קנה האחד בלא חבירו אבל בנדון דארעא ודיקלי דאינן מחוברים ולא מכר לו קרקע ודקלים שידועים לו ומחוברים דאז ודאי לא קנה האחד בלא חבירו ונדון הרב ממש דומה למ"ש הרמב"ם ופסקו מרן הכא בסה"ק דקרקע בדקלים אני מוכר לך דבזה כ"ע מודו ודבר זה ברור דבכה"ג כ"ע יודו והתימא על הרב שלא שת לבו לזה וצ"ע :

סי' רכ"ו ס"ה קודם שישתמש וכו' כתב הרב טורי זהב ומשום הכי בעינן כאן תרי

מילי

מילי וכו' עכ"ל נ"ב עיין בכסף משנה פ"א מהל' מכירה דאין נראה כן ע"ש:

סי' רכ"ז ס"ך המחליף כלים בכלים וכו' נ"ב עיין הרדב"ז בח"א סי' רס"ט ובתשו' מהריט"ץ סימן ק"ה:

שם בש"ך סקט"ו בסופו אין לו דין אונאה כנ"ל ודוק וכו' עכ"ל נ"ב עיין בתשו' מוהר"ש לרור שבתשב"ץ סי' י"א יע"ש דפשיטא ליה כן וכתב שכן מלא כתוב למהרש"ך ע"ש רנ"ה ע"ג:

סי' רכ"ט ס"ו בסופו לא היה לך לשהותו עד שיחמיץ עכ"ל נ"ב עיין בכסף משנה שפירש דעת הרמב"ם דיין ושכר שוים דאחר ג"י הוא ברשות לוקח ע"ש:

שם סיו"ר כמורס שכר אין דינו וכו' עכ"ל נ"ב דלא כפירוש הרב כסף משנה שפירש בדעת הרמב"ם יע"ש:

סי' רל"ב ס"ג המוכר לחבירו וכו' ונמצא במקח מום שלא ידעו הלוקח הרי זה מחזירו וכו' עכ"ל כתב הפ"מ פע"ו דמכירה שאם היה הדבר שהלוקח יכול לנסותו ולהשהותו להאחר ולא הקפיד לעשות כן הרי זה מחל עכ"ל הנה כוונת דבריו ברורים שכיון שבשעת המקח היה יכול להשהותו אם הוא טוב אם לאו ולא הקפיד לעשות כן מסתמא הוא מוחל על המומין שימצאו:

וראיתי להמש"ל שכתב וז"ל נראה בעיני שאם היה המקח בהקפת המעות כיון שהלוקח עדין מעות המוכר בידו י"ל דמשו"ה לא הקפיד הלוקח לנסותו מיד ולעולם לא מחיל וכו' והרב פ"מ כתב כזה ולא ירד לחלק כמ"ש ודבריו תמוהים וצ"ע עכ"ד ואחרי נע"ר יש להלין בעד הפ"מ והוא כי שנה דנימא דעדין המעות בידו אעפ"כ מחל דמידי הוא טעמא כיון שהיה יכול להשהותו קודם שיגמר המקח מה לו ללוקח שלא ישהה בו ולעמוד אח"כ עם המוכר בדינא ובדיינא אלא ודאי דמסתמא מחל ולא הקפיד אם ימצא בו מום ולעד"ן דיש ראיה לזה מדין אונאה דקיימא לן דשיעורא הוי כדי שיראה לתגר או לקרובו ואם איתא הו"ל להפוסקים לחלק ולומר דדוקא היכא שכבר נתן דמי המקח הכל אם לא נתן אכתי נימא דמשו"ה לא הקפיד הלוקח לקבוע אונאתו כיון שעדין מעות המוכר בידו אלא ודאי דליתא לפע"ד (א"ה עיין להכנה"ג סי' רכ"ז הגה"ט אות ק"ג וצ"ע שא"ח) שו"ר להתוס' בקידושין דף מ"ב ע"א ד"ה הנהו קלא וכו' שכתבו בשם הרב אליהו כדברי המש"ל ע"ש ומה שהשיא הרב ז"ל ראיה מדברי בעה"ת אחרי נע"ר לא דמי כלל דשם סברא הוא דהאי שלא תבעו בדמי שעורים הוא משום שהוא מוחזק בדמי שעורים אבל הכא מי הכריחו ללוקח מעיקרא ליכנס בעובי הקורה ולקנות דבר שיכול להבחן אם יש בו מום בהתם ולעשות אח"כ דין ודברים בהדי מוכר אלא ודאי שגילה דעתו דאיהו לא קפיד בהכי והשתא דקא טעין מיהדר הוא דקא הדר ביה ולאו כל כמיניה למיהדר ביה בתר דמחיל סוף דבר דברי הפ"מ שלא ירד לחלק בזה נכונים הם בעיני וק"ל:

עוד כתב המש"ל ואין ספק דיש מ"ש שהביא הה"מ חולקים עליו הרי"ף ורבינו דלדברי יש מ"ש משמע דאין חילוק בין אונאה בדמים לנמצא בו מום דבכך לי יכול להשהותו להאחר כמו עד שיראנו לתגר או לקרובו ולפי דברי הרי"ף ור' לא אמרו אלא גבי אונאה וכו' ע"ש וגם בזה אחרי נע"ר איני מבין דבריו כי מכן ריסי עיניו ניכר דלפי דעתו אין דבר מום שבעולם שאינו יכול להשהותו להאחר ומשו"ה כתב דלפי זה אין חילוק בין אונאה למום לדברי היש מי שכתב ואין זו אלא דברי תימה דהא ודאי כמה וכמה מומין יש שאינם נגלין אלא לאחר זמן ואינם נבחנים להאחר על ידי נסיון וכגון שהיא דהמוכר לחבירו זרעוני גינה ולא צמחו דהוי מקח טעות וחייב באחריותן וכגון המוכר פרה לחבירו ונמצאת טריפה דבתוך שלשה ימים הוי מקח טעות וכשהיא דהמוכר שור ונמצא נגחן דבכל הני אין שהלוקח יכול להבחינן להאחר ומחזירן אפילו לאחר כמה שנים וכן שהיא דכתב הרא"ש דמוכר כלים ונמצאו מזורות דאין אדם עשוי לבקע כלים אלא בשעה שצריך להם וכמ"ש מרן הב"י ז"ל וכה"ג הוי מקח טעות לכ"ע וגם היש מי שכתב מודה ומעתה שפיר יש לחלק גם לדברי היש מי שכתב בין אונאה למום דבאונאה שיעורא הוי כדי שיראה לתגר או לקרובו ובמום היכא דאינו יכול להשהותו להאחר מחזירו אפילו לאחר כמה שנים וא"כ אין הכרח כלל לומר דהרי"ף ורבינו חולקים על סברא זו דגם מ"ש רבינו מחזירו אפילו לאחר כמה שנים אפשר שהוא דוקא בדבר שאינו יכול להבחינו ואין צורך לאוקמא כמ"ש הרב ז"ל בשאין המקח לפניו דליתא וכמ"ש ודברים ברורים הם ודוק:

עוד כתב המש"ל שוב דקדקתי בדברי רבינו במ"ש והוא שלא נשתמש במקח אחר שראה המום משמע דאפילו ראה המום ושתק חוזר דאי לא מאי איריא נשתמש אפילו ראה ושתק אינו חוזר ומעתה הדברים ק"ו בהיה יכול לבדוק ולא בדק דודאי חוזר ומעתה דברי הפ"מ שהביא ענות מרחוק ללמוד דרבינו חולק עם יש מי שכתב צ"ע עכ"ל וגם בזה אני אומר דאחרי נע"ר הק"ו הזה שעשה הרב הוא ק"ו שיש עליו תשובה דה"ל דדוקא בדבר שאינו יכול להבחינו להאחר אפילו שראה המום אחר שקנה אפ"ה לא אמרינן שמחל דה"ל אימא יום או יומא אחרינא מהדרנא ליה דמ"ט לעולם חוזר האמנם בדבר שהוא יכול להשהותו להאחר קודם שיגמר המקח לראות אם הוא טוב אם לאו והוא לא הקפיד בדבר ולא ניסהו הא ודאי גלי טפי ובודאי דאחולי אחיל גביה כל מומא דמגליה ביה ומ"מ הדבר ברור בעיני שאם ביום שהדבר שלקח אינו מזומן לפניו בשעת גמר המקח ואחר שנגמר המקח בא הדבר לידו ויש בדבר מום שהלוקח יכול להבחינו ולנסותו להאחר ולא ניסהו אפילו היש מי שכתב מודה דהוי מקח טעות וק"ו הדברים דהא אפילו בראה ולא נשתמש חוזר כ"ש בשהיה יכול לראות ולא ראה וזהו ק"ו שאין עליו תשובה ודוק:

שוב אחרי כתבי מצאתי להרב מהריט"ץ ז"ל בתשו' סי' ק"ה שגם הוא ז"ל דרך ובא לו בדרך הרב מש"ל ז"ל ברוב דבריו תחילה ושם כתב הרב ובודאי שהרי"ף ורבינו האי גאון והרמב"ם לא

סברי

הרי בהיא יש מי שכתב וכו' דא"כ הוינו דין אונאה דאם היה יכול להראותה לתגר ולא הראהו אינו חוזר ואם אין יכול להראותה כגון שאין תגר בעיר חוזר כ"ז שיבא התגר וא"כ הכא בנ"ד במום הוי הכי דאם יכול להבחינו לאלתר אינו חוזר ואם אינו יכול להבחינו חוזר וא"כ מאי איכא בין מום לאונאה וכו' יעש"ב · ואני אומר דאכתי לא דמי לאונאה כלל דהתם כיון שבא התגר ועבר הזמן כדי שיכול להראותה שוב אינו יכול לחזור אבל במום אם בשעת גמר המקח לא היה יכול להבחין ואח"ז היה יכול לבדוק ולא בדק וכגון ההיא שכתבתי דבשעת הקנין לא היה מזומן לפניו ואחר כך נזדמן והיה יכול לבדוק לא אמרינן בזה דמחל ולעולם חוזר ואפילו כשראה המום כל זמן שלא נשתמש לא אמרינן דמחל וא"כ איכא טובא בין אונאה למום וק"ל :

גם מ"ש הרב לעיל מזה וז"ל חדא מדאלי טעמא במקח טעות וכיון דהוי מקח טעות לא נתנו בו שיעור עכ"ל · אחרי נע"ר ליתא דאדרבה נ"ל דרבינו ז"ל מודה להאי דיש מי שכתב דל"א אלא בטעה במקח דלעולם חוזר אמנם אם יכול להבחינו לאלתר קודם שלקחו ולא ניסהו אדרבה נימא דאנן סהדי דלא טעה וסבר וקביל ומחלה לא נכנס הדבר בכלל מ"ט ואם אמת היה הדבר שאינו יכול לנסותו וטעה בו הלוקח אז לא נתנו בו שיעור ולעולם חוזר וזה ברור · גם מ"ש הרב בסוף דבריו וגדולה מזו אמרו דאפילו ידע וכו' יעש"כ וזה מתמה כדברי המש"ל בסו"ד שכתב שוב דקדקתי בדברי רבינו וכו' וכבר כתבתי לעיל שאין מדבר זה הכרח כלל דרבינו ז"ל פליג עם היש מי שכתב ולע"ד דברים ברורים הם ודוק :

עוד ראיתי למהריט"ץ שם שהקשה עצמו לדעת הרמב"ם דס"ל דבמום אפילו ראה כ"ז שלא נשתמש לא מחל מההיא שכתב הרי"ף ורבינו האיי גאון והביא הה"מ דבמום כל אימת דמיגלי למהדריה ע"ש. ונראה מדבריו דכל אימת דמיגלי בעי למיהדריה מיד ולא כמו שנראה מדברי הרמב"ם דאפילו ראה חוזר בו אפילו לאחר כמה שנים יעש"ב · ואני בעניי אינני רואה שום הכרח מדברי הרי"ף ז"ל שיסבור דלא כרבינו דכונת הרי"ף היא ברורה דר"ל דל"ד לדין אונאה דאם עבר זמן כדי שיראה לתגר או לקרובו מחל אלא אפילו עבר זמן ומכ"ש כל אימת דמיגלי יכול להחזירם אימתי שירצה אבל להדורי מיד כשיראה המום אין רמז מזה בדברי הרי"ף ז"ל ועיקר דבריו הם לומר דבמום לא נתנו בו שיעור לחזרתה וק"ל :

ועוד יש לעמוד ע"ד הרב מהריט"ץ איך לא חקר הרב אם המוכר הנז' בשאלה הוא סרסור שלוקח מזה ומוכר לזה דלפי דעת רבינו בפי"ו דמכירה די"א נשבע הסרסור שאינו יודע ופטור יעש"ב ואף שהטור ז"ל פליג עליה וס"ל דגם בסרסור הוי מקח טעות וחוזר על הסרסור ודאייתו מהש"ס דקאמר דאזול יתמי ואשכחוה למאדי דתורא ושקלו יתמי זוזי מינייהו מ"מ לא נדחו דברי רבינו מהלכה שהרי יש ליישב דבריו כמ"ש הכ"מ והב"ח והדרישה ומהרש"ך וכן פסק מרן בשלחנו הטהור בסימן זה וא"כ לפחות יוכל המוחזק לומר קי"ל כהרמב"ם ומרן בש"ע דפסק כוותיה דס"ל דנשבע הסרסור שאינו יודע במום זה ויפטר מפני שהיה על הלוקח לבדוק אם יש בו מום והיה הסרסור מחזירו על המוכר הא' והואיל ולא עשה כן הוא הפסיד את עצמו · אך הנראה ברור בזה דדעת הרב דבנ"ד אפילו רבינו יודה חדא דלא כתב רבינו דמיפטר הסרסור אלא כשנאבד המקח מכל וכל מחמת אותו המום כגון בשור שלפי שלא היה לו טוחנות מת ונאבד בכה"ג הוא דכתב רבינו והלוקח הי"ל לבדוק השור ולהחזירו קודם שימות והיה הסרסור מחזירו לבעליו אבל כשהמקח הוא בעין כנדון הרב ז"ל שא שיש בו מקח טעות פשיטא דחוזר אפי' לדעת רבינו וחילוק זה למדתי מתורתו של הפ"מ בשניות סימן כ"ה שכתב כן לנ"ד יע"ש · ועוד נראה דבר ברור דכיון דבנ"ד של הרב ז"ל שלא היה יכול לראות המום אלא מחמת התפירה ודאי הדבר שאפילו רבי' יודה ויורה דהוי מקח טעות וחוזר דהא עיקר טעמא דרבינו הוא שהלוקח פשע שהיה לו לבדוק ולא בדק משו"ה הפסיד על עצמו אבל הכא שאינו נבחן אלא ע"י התפירה ואחר שתפרו ונראה המום הרי תבעו ומ"ל לעשות ולא עשה ובכה"ג כ"ע יודו דחוזר :

אך יש לדקדק אם אמת הדבר כמ"ש הרב בסו"ד שלא היה יכול לראות המום אלא מחמת התפירה א"כ מה זה שהאריך הרב להכריח דהרי"ף ורבינו חולקים עם היש מי שכתב הלא כיון שמתחילה לא היה יכול לבדוק אלא אחר התפירה אפילו היש מי שכתב מודה דלא אמרו אלא בהיה יכול לבדוק ולא בדק אבל בלא היה יכול לבדוק ושבדק חזר בו על המוכר זה לא אמרה אדם מעולם שאינו חוזר וזה דבר פשוט מאד · א"כ יש לומר דדעת הרב היא דודאי היכא שהמוכר פי' בחזקת שהוא טוב אף דהמוכר הוא סרסור אפי"ה חוזר עליו דהא טעמא דהלוקח הו"ל לבדוק וכיון שפירש לו המוכר וא"ל בחזקת שהוא טוב אפילו רבינו יודה דחוזר עליו דהוא הטעהו וא"כ בנ"ד דהרב ז"ל דפירש לו המוכר דאינו חמ"י אלא טוב מאד א"כ אפילו רבינו יודה דגם אם הוא סרסור חוזר עליו ובמ"ש וגם היש מי שכתב שהביא הה"מ דבר ברור הוא שלא כתב כן אלא במכר לו סתם כמבואר בלשון הה"מ אבל במכר לו בחזקת שהוא טוב יודה דגם אם יכול להבחינו ולא הבחינו לא מחל · ומעתה מה שהאריך הרב לומר דהרי"ף ורבינו חולקים עם היש מי שכתב הוא לאין צורך דבנ"ד גם היש מ"ש יודה ואפשר דלזה כיון הרב במ"ש בסו"ד ומה גם הטענה האחרת שטען שפירש לו בפי' כי ירא הוא וחס לבו פן יהיה חמ"י והמוכר הבטיחו ע"כ בזה אין לפקפק כלל עכ"ל הר"ל שבזה אין לפקפק שכ"ע יודו אפילו אותה סברא שהביא הה"מ שכיון שהבטיחו חוזר בו וכדכתיבנא וק"ל :

האמנם כחפשי באמתחות תשו' הרב ז"ל הנה ראיתי להרב עצמו בתשו' סימן רכ"ה על ראובן שנתן מטבע לשמעון ונמצאת חסירה והאריך שם הרב והביא דברי רבינו דבפי"ו שהוא דין הסרסור ולמד שם הרב לנ"ד וכתב וז"ל אמנם אם בפני שמעון לקח ראובן המעות מב"ח ושמעון ידע שלא הראה אותם וסמך על שמעון שיראה אותם

בודאי אז פשע שמעון במה שלא הראה את הכסף ודינו כבדי שיראה אותם לשולחני עכ"ל הנה הרואה יראה דלא ס"ל להרב חילוק הראשון דכתי' משמים דספ"מ דלא קאמר רבינו דהסרסור נשבע ונפטר אלא היכא שנאבד החפץ מכל וכל כגון השור שמת אבל בשמקח הוא בעין אפילו לדעת רבינו חוזר דהא בנדון דהי' רב"ם אכתי הסלע עומד בעינו ואפ"ה כתב הרב אם רוצה לקח בפני שמעון וכו' דהוי בדין הסרסור הוי שמעון פושע והוא הפסיד על עצמו ואם איתא דס"ל כחילוק של הפ"מ בכ"ד אפילו רבינו יודה כיון דהסלע קאי בעיניה אלא ודאי דלא ס"ל האי חילוקא ומוכרחים אנו לומר כמ"ש בשני חילוקים האחרונים אמנם עכ"ז קיצר הרב בפירש הזה וכל כי האי הו"ל לבאר ודוק :

ובהיותי בזה ראיתי להרב בסי' רב"ם שנו' שהרבה להשיב ע"ד מרן בכ"מ במה שהלא לישב דברי רבינו מקו' הטור ויען כי ראיתי שיש להשיב ע"ד גם אני לא אחשוך פי להליץ בעד מרן ולהצילו מקו' הרב ז"ל. תחילה הנה הקשה הרב דלישנא דשקלי זוזי משמע דשקלי ממש לא דבעו למישקל ע"כ ואי מהא לא איריא דכדאי הוא ליישב דברי רבינו ולדחוקי נפשין בלשון קצת דחוק ועוד כי אינו כ"כ דוחק שנפרש הכי דאשכחוה למאי דהורה ר"ל שבעל השור הוא לפניו ושקלי יתמי זוזי מיניה ור"ל כי הם יקחו מבעל השור מעות דכפי הדין חוזרים עליו. עוד הקשה וז"ל והו דאי בקרא תשלם ליתמי אמאי משלם דמי בשר בזול הרי שו"ש הוא וראוי לשלם במיטבא ע"כ ולית' דהא עיקר טעמא דחייב הבקרא היינו משום דהו"ל לאודועינהו ובשלמא אם היה המוכר מוכר דעלמא שיכולים היתומים לחזור עליו וליקח מעותיהם שפיר הוי הבקרא חייב לשלם במיטבא כיון שאם היה מודיעם היו מחזירין מעותיהם אבל השתא דהמוכר הוא סרסור ואינן יכולין היתומים לחזור עליו מאי כ"מ שהבקרא יודיעם שלא גם אי יודיעם אינם יכולים לחזור בהם אלא מוכרח לומר שהבקרא צריך להודיעם כדי שישחטוהו קודם שימות ולמכרו. אף דמי בשר בזול וא"כ שפיר משלם בקרא דמי בשר בזול דוקא דזה הוא שהפסידם ולא יותר :

עוד כתב הרב והו דיתומים לאו בני מחילה נינהו כמו שפרש"י שם ע"כ וגם בזה הלך לפי שיטתו שסבין דהאי דמשלם דמי בשר בזול הוא מדין מחילה וכבר כתבתי דליתא דדוכא קא משמעי מרן ז"ל כיון דהבקרא לא הפסידם אלא דמי בשר בזול וכמ"ש. עוד כתב הרב והו דאי בקרא משלם דמי בשר בזול שהוא פחות שליש מהקרן א"כ הא איכא פסידא ליתמי והיכי אמרינן בגמ' אי איכא פסידא ליתמו ה"נ הא איכא פסידא ליתמי שליש אלא ודאי פירוש זה אין לו רגלים וזה לא יתכן שהרמב"ם ז"ל יפרש כן עכ"ל. וגם קו' זו עפ"ד הדרך שכתבתי אין לה מקום כלל דהא מתחילה הקשו בש"ס למאי דס"ד לפטור הבקרא הרי שו"ש הוא ומחייב ומשני דליכא פסידא ליתמי דגבו מהמוכר ובי הדר מוקמינן לה בספסירא ופטור המוכר א"כ חזר הדין דהבקרא הוי שו"ש ומיחייב כמאי דהוי פסידא ליתמי ומאי דהוי פסידא ליתמי הוא דוקא דמי בשר בזול ולא יותר כמו שהיו שוחטים אותו ומוכרים אותו וא"כ אדרבא דבר זה מיקרי ליכא פסידא ליתמי דכא מצד הבקרא עצמו לא הו"ל ליתומים שום פסידא כי אם זה ואין לומר שישלם להם יותר ממה שהפסידם ודברים ברורים הם :

עוד כ' הרב והו דמקמי' כתב וכו' וכונת קו' היא כיון דמקמי' הקשו בגמ' דהבקרא שו"ש ודאי דמיחייב ולא אפוטרופוס א"כ מאי קאמר בתר הכי הכא בספסירא עסקינן וכתב הרב שנאמר לנו ספק דמי מיחייב אי הבקרא או האפוטרופוס הלא הדבר ברור דהבקרא הוא דחייב כיון דהוי שו"ש ואיבעי ליה לעיוני והאריך הרב בקושיא זו יעש"כ ואני אומר דגם קו' זו ל"ק לדברי מרן כלל ואבאר דברי הש"ס תחילה וממילא יתורצו קושיות הרב ז"ל. וסוה דרב"ח קא מספקא ליה אי מיחייב הבקרא או האפוטרופוס ומקשה בגמ' דמאי קא מספקא ליה הלא ודאי איבעי ליה להבקרא לעיוני ובודאי דאיהו הוא דמחייב וע"ז מתרץ דמאי דקא מספקא ליה הוא בדקא טעין מאדי דקורא וע"ז הק' מידע ידע ומאי מודעינן ליה ותי' בספסירא ור"ל דמאי דקא מסופק דמב"ח הוא בספסירא דהמוכר הוא פטור ומשו"ה כא לכיח הספק מי מחייב הילכך כיון דחדינן לן דהבקרא הוי שו"ש איהו הוא דמיחייב משום דאיבעי ליה לעיוני הילכך משכחת ספסירא ומשלם בקרא ליתומים דמי בשר בזול כמו שהפסידם והו ביאור דברי הש"ס לדעת מרן ומעתה אין מקום לקו' הרב כלל כיון דהש"ס מקשה על רמב"ח דמאי קא מספק"ל והסיק כיון דהבקרא הוא דמחייב איהו משלם והלא ברמב"ח דמסתפק וזהו מה שנלע"ה להליץ בעד מרן להצילו מכל הקושיות שהקשה עליו הרב מהריט"ץ ודוק :

אך אמנם מכללן של דברים אני למד דלא ס"ל למרן כחילוק הפ"מ ז"ל שכתבתי לעיל דלא קאמר רבי' דהסרסור פטור אלא היכא דמת השור ונאבד בכה"ג הוא דכתב רבינו דפטור הספסירא אבל במקח שהוא בעין אלא שיש בו מקח טעות חוזר ואם איתא דסבר מרן כן אמאי כתב מרן ז"ל דהבקרא משלם ליתומים דמי בשר בזול הא מן הראוי הוא לשלם במיטבא ואם נאמר כמ"ש דלא הפסידם יותר כיון שאינם יכולים לחזור על הספסירא כיון שהשור הוא חי ולא נאבד מהעולם אלא ודאי צריכין אנו לומר דאף אם הוא חי לא היו יכולין היתומים לחזור על הספסירא מכיון שהוא לא ידע ומשו"ה לא משלם ליתומים אלא דמי בשר בזול שלא הפסידם יותר. ומעתה יש להעיר על הפ"מ ז"ל שכתב הדבר בפשיטות ולא נרגש שמדברי מרן הכסף משנה נר' להפך מזה ונ"ע. ומ"ש הרב דהמעיין היטב בדברי מהרש"ך יראה דכיון לחילוקו ז"ל אחר העיון דודאי יש להעמיס כן בדברי מהרש"ך כמ"ש וא"כ בכ"ד שבדק הלוקח ותכף חזר על המוכר ודאי דנתבטל המקח דר"ל כיון שבדק ותכף קודם שאבד המקח חזר בו שפיר מהני דלא אמרה רבינו אלא בשלא בדק וכיוני כיוני נאבד המקח אבל בדק ותזר יודה רבינו :

האמנם עדין הדבר קשה דאם כיון הרב לזה להיות תכלית הולרך הרב לחילוק מרן מהריק"א בהשיא דבוניס מוזרות דלכאורה נראה דאינו

דאינו עניין כלל לחילוק זה דהגם אי נימא דדעת רבינו בההיא דכלים דאינו יכול לחזור מטעם דהוי סרסור אפ"ה עדיין יש לחלק כנ"ד דהרב ז"ל בשפחה לענין השור שכתב רבינו דהשור כבר נאבד מן העולם והשפחה כדקיימא קיימא וכמו שכן ראיתי להרב מהר"י לנית הלוי ז"ל בתשו' סי' פ"ס שהקשה כן לדברי מהרש"ך יעש"ב · אך כד דייקינן פורתא האמת יורה דרכו שמוכרח הרב ז"ל לחילוקו של מרן מהריק"א בדין הכלים והוא כי בודאי הדבר ידוע שהכלים א"א להלוקח לבדוק אלא בעת הביקוע אלא הטעם הוא כיון דהוא סרסור והוא לא ידע במום והוי כמו נושא ונותן באמונה וא"כ גם בדין השפחה כיון דהוי סרסור אפילו שלא פשע הלוקח אפ"ה אינו יכול לחזור ובדין הכלים אבל השתא דמדינן לן חילוק מרן מהריק"א דבכלים יודה רבינו כיון שלא פשע הלוקח כיון דעיקר טעמא הוא בפשיעת הלוקח. א"כ גם הכא בדין השפחה דהא תכף כשבדק חזר בו כשהיא קיימת עדיין ולא פשע א"כ ודאי יכול לחזור בו ומעתה אני תמיה על הרב מהר"י הלוי שכתב דאף אי ס"ל לרבינו דבכלים אינו חוזר הכא יודה דליתא לענ"ד והם דברים ברורים וק"ל :

ואיך שיהיה מדברי הרב פ"מ והרב מוהרי"ל הדבר מבואר דלא פטר רבינו להסרסור אלא בשנאבד השור אמנם כבר כתבתי דמכללות דברי מרן ז"ל אין נראה כן · ועוד יש קצת ראיה דגם רי"ו לא ס"ל כהאי חילוקא והוא ממ"ש עמ"ש בגמ' דאם שחט הבהמה תוך ג' ימים והוגלד פי המכה דמקח טעות הוא ואח"כ כתב רי"ו דוקא מי שהבהמה שלו אבל סרסור משתבע דלא ידע ומפטר ע"ש והביאו מרן ז"ל בסימנין יע"ש והרי הכא כדין הבהמה אף ששחטה ונמצאת טריפה מ"מ יכול הוא למוכרו לגוים ולא דמי להאי דשור שאבד המקח מכל וכל דנבילה אין דרכם לאוכלם ואפ"ה פטר רי"ו את הסרסור ואם איתא לחילוק הרפ"מ ומהרי"ל גם הכא הי"ל לחייב הסרסור כיון דיכול למוכרה לגוים והוי כמקח שהוא בעין ונמצא בו מום ודוחק גדול לומר דכששחטה ונמצאת טריפה דמי להאי דנאבד השור דלענ"ד חילוק גדול יש ביניהם :

איברא דעיקרא דדינא פירכא דדברי רי"ו ז"ל כמה תמוהים כאשר כבר עמד עליהם הרפ"מ שם דמה דמות יערוך להאי דשור דהתם שאני דפטור הסרסור משום דפשע הלוקח שהי"ל לבדוק ולא בדק אבל כאן דלא שייכא בדיקה ולא פשע הלוקח כלל גם רבינו יודה · אך אמנם ראיתי להרב מהר"א יצחקי ז"ל בספרו ז"א בח"מ סי' י"ד שהרבה להשיב על דברי הפ"מ וכתב דדברי רי"ו חזקים כראי מוצק דה"נ מצי הספסר לומר ללוקח אילו היית שוחט אותה תכף בשעה שהבאתיו מבית הבעלים אעפ"י שלא הוגלד פי המכה אין כאן ספק לומר שברשותך נעשה והייתי מחזירה לבעלים וא"כ גם הכא פשע הלוקח במה שלא שחטה מיד ונתעכב בזה הרבה יע"ש שהאריך :

ואני בעניי עם שאיני כדאי להשיב על דברי הרב ז"ל מ"מ לא הבינותי דבריו כלל דהא רי"ו דקא פטר להסרסור היינו כששחטה תוך ג"י ונמצא שהוגלד פי המכה דבודאי שלא ברשות לוקח נעשה אפ"ה פטור הסרסור וזה דבר תימא דאם יטעון אילו היית שוחט אותה תכף ומיד בשעה שהבאתיה ונמצא שהוגלד הייתי מחזירה גם עתה כיון שהוא תוך ג"י והוגלד יכול הוא להחזירה דהא ודאי ברשות מוכר נעשית טריפה ולא ברשות לוקח וממ"ש הרב אילו היית שוחט אותה תכף אעפ"י שלא הוגלד הייתי מחזירה וכו' נראה דגם בשלא הוגלד היה מן הדין לחזור אלא מטעם שהוא סרסור פטרינן ליה וזה ודאי ליתא דבשלא הוגלד גם אי הוה בעה"ב הוי ספק והמע"ה אלא ודאי הדבר ברור דאפילו כשהוגלד אנו פוטרים הסרסור וא"כ לא ידעתי מה חילוק יש בין אם שחטה תכף או אחר שני ימים דהא ודאי איך שיהיה דינא דסרסור לחזור על הבעלים כיון שברשותם נטרפה ועוד גם אי יהיבנא ליה שיטתיה להרב ז"ל מ"מ מאי דקרי ליה הרב ללוקח פושע שלא שחטה תכף לענ"ד אין נראה כן דהא ודאי הדבר ברור דאין אדם עשוי לשחוט בהמה אלא בשעה שהוא צריך לה וכמ"ש מרן הב"י ע"ד הטור בההיא דביצים מוזרות שאין אדם עשוי לבקע ביצים אלא בשעה שהוא צריך להם והכא נמי דכוותא ואף להטור ז"ל דמדמה דין הכלים לדין השור לאו משום פשיעת הלוקח אלא שהבין דטעמא דרבינו משום דהמוכר לא ידע במום ומשו"ה לא שאני ליה בין סרסור לבעה"ב אבל לרי"ו דשאני ליה בין סרסור לבעה"ב זה דבר תימא ועוד שהרי בדין השור שאין לו טוחנות דהוי בבעה"ב מקח טעות כתבו הגמ"י משם התוס' וכ"כ הרא"ש דאפי' מכרו לשחיטה מ"מ בעינן שיכול לחיות עד יום השוק וזה ראיה דלא פטרינן התם לסרסור מטעם שפשע הלוקח ולא שחטה מיד אלא דהו"ל לבדוק ולא בדק דבהאי אינה פשיעה כלל וכמ"ש דסתם הקונה לשחיטה אינו שוחט תכף ומיד אלא עד יום השוק או בשעה שיצטרך לו והם דברים ברורים ודוק :

ונחזור לדברי היש מי שכתב שהביא הרה"מ הנה ראיתי למהרשד"ם בתשו' סי' שפ"ה שכתב שסברא זו דחויה היא וראיה מהא דאמרינן בפ' המפקיד דמ"ט שהוא אפוטרופא דזבין תורא ליתמי וכו' ולדעת הרמב"ם שאם המוכר בע"ה שמכיר בשורו חייב להחזיר הדמים ולדעת הרא"ש ובנו בעה"ט אפילו המוכר סרסור חייב לשלם והם אמת בדבר שיכול להבחינו ולנסותו ולא נסהו דודאי כיון שהיה הלוקח יכול לראותו קודם שהוליכו לביתו אימא ודאי מחל וכו' ע"ש · ולי העבד אפשר לתרץ עפ"י מה שראיתי בשיטה מקו' שהקשה הרמב"ן בסו' זו דאמאי לא מחייבינן האפוטרופא של יתומים כיון דהו"ל לעיוני ולא עיין ודאי פשיעה איכא ומחייב ותי' דאמת דהו"ל הכי אבל לא היה יכול לאכול כשם שהם תלושים זה"ר ואף שבאמת שהי"ל ליתן לפניו לאכול בכי הא ודאי מילתא דלא שכיח הוא או דצריך טירחא כדי לבודקו לא הוי פושע · עוד תי' דהכא אינו ניכר אלא לבקיאים ורוב אינן בקיאים ע"ש וכן הק' הרשב"א יע"ש מה שתירץ :

ומעתה לפי האמור לק"מ דלא כתבו היש מ"ש אלא בדבר שיכול להבחינו לאלתר אבל בההיא תורא הכ"נ דלא מיחייב הלוקח כיון שאינו יכול להבחינו לאלתר אלא עד שיבוא לו אוכל וזה מילתא

מולתא דלא שכיחא שהי"ל ככי ושיני ולא יאכל או דצריך טירחא כדי לבודקו ושם כתבו שיכול להבחינו לאלתר וגם לפי הי' שני דזה אינו ניכר של לבקיאים ודאי דאין כאן קושיא כלל כיון דאינו יכול הוא לברו להבחינו אלא ע"י בקיאים בכה ליכא מאן דקאמר דמחל והוא פשוט ומעתה דברי היש מ"ש ברורים ודוק :

איברא דמדברי רבינו ז"ל נראה דגם בשכיחא דחורא אם היה המוכר סרסור בלוקח הי"ל לבדוק ואם לא בדק איהו דאפסיד אנפשיה וכה'. י"א אך אם שמוכר בע"ה לא אמרינן הי"ל לבדוק וחייב הבע"ה ודלא כהי"א שהביא. ס"ה דאף בלוקח ומוכר בעלמא אמרינן הכי ואפי' בעה"ב ומעתה מן הנמ' עלמה ליכא שום הוכחה לסתור דברי הי"א אך מדברי רבינו כפי' הסו' נראה ודאי דחולק וכמו שמבואר דעתו בדין זה ופשוט :

ובחפשי באמתחות הפוסקים ראיתי להס"מ ז"ל בח"ב סי' כ"ה שהביא האי תשו' דמהרשד"ס ז"ל מה שהקשה לס' הי"א ותי' דלא אמרו הי"א ז"ל אלא במילתא דשכיחא אבל בחורא מילתא דל"ש דלא ליהוו ליה ככי ושיני ולא הו"ל לאסוקי אדעתיה זת"ד וע"ז הקשה דא"כ אמאי קאמר בש"ס על הבקרא דאבע"ל לעיוני כיון דלא שכיח ותי' כיון דהוי פו"ס איבעי ליה לעיוני ולאסוקי אדעתיה אך מדברי הרמב"ם שהביא דין הש"ס בלוקח ומוכר בעלמא יש ראיה שחולק על סברא ההיא יע"ש וכודאי דכונת הרב ז"ל במ"ש דמדברי הרמב"ם יש ראיה שחולק על סברא זו אין כונתו להביא מדברי רבינו ראיה שחולק על סברא זו דהרי בעי ראה ונשתמש עד שנאמר שמחל אלא שכונתו דמסוגיא זו עלמה אין ראיה היפך סברת הי"א אבל מדברי רבינו כפי' האי סוגיא א"כ דיש ראיה לדעתו ומשו"ה הביא ראיה מדברי הרמב"ם אלו לומר דמהאי סו' עלמה אין ראיה ומדברי הרמב"ם בפירוש האי סוגיא א"כ נראה דחולק ולא שדעת הרמב"ם לא מוכחא אלא מהכא וכן מוכח מדברי הרב שם בסוף התשובה שהביא לשון הרמב"ם שכתב דאם נשתמש במקח אחר שידע במום אינו חוזר וכתב עליו אך עדין יש אופן אחר וכו' לפי סברת הה"מ הנז"ל שכתב שיש מי שחולק על הרמב"ם וס"ל לענין מום וכו' יעש"ב נראה בהדיא דהבין הרב ז"ל שהוא חולק בהכרח שלא כתב רבינו דמחל אלא אם נשתמש והי"א אפי' ביכול לראות ומ"ש הכא אינו להביא דעת הרמב"ם שהוא חולק אלא לומר שמסו' לבדה אין ראיה ומפי' רבינו בה יש ראיה וכת"ש :

ומעתה מ"ש הרב מש"ל על דברי הס"מ וז"ל ומעתה דברי הרב פ"מ ח"ב סי' כ"ה שהביא עלות מרחוק ללמוד דרבינו חולק עם יש מי שכתב נ"ע עכ"ל ואחרי ניו"ק אין כונת הפ"מ להביא ראיה דדעת הרמב"ם פליגא אי"א אלא שכונתו כמ"ש דמלבד דדעת הרמב"ם מוכרח דפליג גם מזה יש ראיה שהביא דין הש"ס בלוקח ומוכר דעלמא אבל מהסוגיא עלמה אין ראיה כלל ובמש"ל זה כ"ל ברור בכונת הפ"מ ודוק :

אך אמנם ראיתי להסמ"ע עמ"ש מרן דברי הרמב"ם דאם נשתמש במקח אחר שידע במום שמחל כתב עליו דפ"ה אם היה יכול לבדוק ולא בדק דמחל ע"כ ושיא ס' הי"א שהביא הס"מ א"כ נראה דס"ל כדעת רבינו דלא פליג אס' וי"א ומעתה היה אפשר ליישב דברי הפ"מ בדרך פשוטה שס"ל כדעת הסמ"ע ז"ל דה"ה אם היה יכול לבדוק ולא בדק ולא פליג · האמנם שאמת יורה דרכו דדעת הרפ"מ ז"ל דמלשון זה נראה דפליג וכמו שהוכחנו מסוף תשו' הרב ז"ל ועוד דדברי הסמ"ע הם עלמם רחוקים עד מאד דמהלשון כו' שאפילו ראה לא מחל אלא א"כ נשתמש אח"ך מכ"ש כשהיה יכול לראות ולא ראה · וכן היה דעת מוהריט"ץ בתשו' סי' ק"ח וכ"כ סמש"ל. וכנז' וכן היא דעת הר"ב פ"מ וכמ"ש ודברי הסמ"ע קשים בעיני וצ"ע :

ודרך אגב ראיתי מ"ש הפ"מ ליישב דעת רבי' בהיא עוברא מקו' הטור וכתב וז"ל ואני הצעיר נ"ל לתרץ וליישב דברי הרמב"ם באופן זה יעש"ב ברק"א ע"ד · וראיתי בכת"י הקדש להרב המופלא כמהרי"א קלין ז"ל שכ"ע וז"ל ואני הצעיר לא ירדתי לסוף חילוקו דאי עסקינן דמסריה לבקרא א"כ גם באינים דעלמא לא פשע דלימא אנא לבקרא מסרתיה ואי לא מסריה לבקרא א"כ גם ביתמי ליחייב האפוטרופוס כדמוכח בגמרא וצ"ע עכ"ל · ולעד"ן שכונת הפ"מ היא ממש כדברי הכ"מ דבגוון הש"ס ס"ט דפטור האפוטרופוס משום דמסרים לבקרא וגם באינים דעלמא היכא דמסרים לבקרא פטור ורבינו איירי בדלא מסריה ומשום הכי חייב הלוקח · אך דעת הפ"מ דביתומים שלקחו הנם דלא מסרוהו לבקרא הם פטורים מטעמא דלאו בני עיוני נינהו ומשו"ה אמרי בש"ס דהזול יתמי ולקחו מיניה דמי תורא והיינו אפילו בלא טעמא דמסרוהו לבקרא ואם"כ שאם ירלה המוכר ילך אצל האפוטרופוס ויחייבנו אי לא מסריה לבקרא אבל דעת הכ"מ ומהרש"ך היא דאפילו ביתומים אי לא מסרוהו לבקרא הם חייבים ודוקא היכא דהזול יתמי ונבו זוזי מינים היינו משום דהאפוטרופוס מסרים לבקרא וז"ש הרב פ"מ שהמעיין יראה שיש חילוק ונפקותא בין תי' להירוץ הכ"מ וכונתו כדכתי' ודוק :

שם באותו סעיף והוא שלא נשתמש בו וכו' עכ"ל כתב הה"מ שם ילא לו כן ממ"ש במקדש את האשה ובא עליה ונמלאו בה מומין דאמרינן חזקה אין אדם שותה בכוס אא"כ בודקו וכך הם דיני מו"מ שוים לאשה בדיכים אלו עכ"ל · ואנכי עפר קל"ע נדרכים אלו ממ"ש רבינו ז"ל בפכ"ס מהל' אישות דין ו' וז"ל בא על אשתו ושהה עמה כמה ימים וטען שמום זה לא נראה לו עד עתה אין שומעין לו חזקה אין אדם שותה בכוס אא"כ בודקו יפה וחזקתו שידע ורלה עכ"ל ומשמע מדברי הה"מ שם דפי' דברי הרמב"ם כמ"ש ושהה כמה ומיס פי' או ששה כמה ימים אפילו בלא ביאה ועיין בס' קמ"ר שהבין כן מדברי הה"מ ודלא כהרב מ"א ז"ל בס' מחנה אפרים דא"כ כפול תפול קושיית כנו בס' קמ"ר וגם שמדברי הה"מ מוכח כפי' שפי' דברי הרמב"ם דאו או קתני כמו שיראה הרואה בדברי הה"מ וז"כ וקושיא על בנו שלא זכר ש"ר שמ"א לא הבין כן בדברי הה"מ :

ומעתה

ומעתה ק"ל טובא דאיך כ' רבינו הכא שמחזירו אפילו לאחר כמה ימים הא גבי אשה אם שהה לבד אמרינן חזקה וכו' ודיני אשם שוים לדינים אלו כאמור ול"ע · ושאר בפרינו שהא"ם והכולל כה"ר הכרהם ענתיכי הי"ו קירן לזה והוא דהתם להכי אמרינן דכשהה לבד שני דודאי לא מלי מוקי אנכשים ואמרינן דמסתמא בעל ואף אם אמר לנו שלא בעל לא מהימנינן ליה וכמו שהביא הה"מ מההיא דטענת בתולים שאינו יכול לטעון לאח"ז וכזה יכון מש"ר כשו"ד אין שומעין לו חזקה אין אדם שותה וכו' דודאי זה לא יכון אלא א"א דבעל אבל אם שהה לבד כלא בעילה לא שייך זה והיאך כ"ט לשתיכן אלא ודאי כיון דשהה מסתמא אמרינן דבעל אבל במטלטלין או ר"א דלא אמרינן בודאי נשתמש דהא ודאי אפשר לומר שלא נשתמש בו עדין משא"כ באשה משו"ה אמרינן אפילו לאחר כמה שנים חוזר ע"כ הניעו דבריו כ"ו · ואנכי בער אכתי ק"ל דהא ודאי לפי"ז נ"ל דשפיר דשהא בודאי שהה יותר מל' יום דאמרינן לא מלי מוקי אנכשיה ובודאי בעל וכמש"ר בההיא דטענת בתולים דבעינן יותר מל' יום וא"כ הכא איך כתב רבינו ושהה כמה ימים משמע אפילו כ' וג' ימים שני דהא טענת בתולים דילפינן לב"ד מינה בעינן יותר מחלשים יום והו"ל לרבינו לפרש דבשלשים חוזר אבל יותר לא כש"כ ול"ע :

וראיתי להרב מהריט"ן ז"ל בתשו' פי' רכ"ס שהקשה על רבינו ז"ל במ"ש שמחזירו אפילו לאחר כמה שנים דהא מדברי הרי"ף נראה דס"ל דאינו יכול להחזירו אלא בשעתו והביאו הרב המגיד וז"ל אבל אימת דמיגלי מהדר למהרים עכ"ל משמע מדבריו דבעי תכף כד מתגלי ליה לאהדורי בלא"ה מחילה הוי עכ"ל · ואחהמ"ר כדחזי אי מהא לא איריא דהא ודאי דיתכן לומר דמ"ש הרי"ף דכל אימת דמיגלי מהדר למהרים לאו למימרא דתכף בעי אלא לאפוקי דלא נימא אם שהה זמן רב ואחר כך ראהו שאינו יכול לחזור אלא כל זמן שלא נגלה לו אפילו אחר כמה שנים חוזר וכמ"ש רבינו ודוק :

שם אבל אם נשתמש בו אחר שראה המום וכו' עכ"ל נ"ב היינו דוקא קודם שיודיעו למוכר כן כתב הריטב"א גבי ביטול מקח ועיין מח"א דיני הונאה סימן ה' ע"ש :

שם בש"ך סקט"ו בסופו ופשוט עכ"ל נ"ב עיין בתשו' קול אליהו ח"ב ח"מ סי' ד' עיש"ב חינוך בית יהודה סי' ק"ז יע"ש :

סי' רג"ל בש"ך סק"א דהכל מין כסף וכו' עכ"ל נ"ב עיין בתשו' בית דינו של שלמה ח"מ סי' י"א :

שם בסיף הסימן בהורס מכר לו כסף וכו' עכ"ל בשה"ל הרדב"ז בח"א סי' ע"ר על המוכר לחבירו כסף או זהב כדי לזקק אותו ונמלא חסר יותר משתות והשיב דהדבר ברור שלא נקרא מום אלא דבר שאינו רגיל להיות באותו החפץ הנמכר אבל הדבר הרגיל אינו נקרא מום והרי הזהב רגיל להיות בו כסף שאין הזהב בבריותו ממש מקום מולאו יש בו כסף וכן הכסף רגיל להיות בו נחושת ועופרת דזה נראה לעין הילכך לא נקרא זה מום

כלל וכו' עכ"ל והרב דובר משה ז"ל בתשו' שובאה בס' בדס שלמה למ"א ז"ל בח"מ סי' ס"ב כ' עליו ולא הבינותי דבריו וכונת הרב בזה שאם דעתו לומר שאם נמלא בזהב בסף שאינו נקרא מום וחוזר לדין אונאה הא בהדיא כתב המרדכי בשם הר"מ הביאו הב"י סוס"י רל"ג דהמוכר זהב ונמלא כסף הרי הוא כדין בחמתיות ונמלאת לבנה דלעולם חוזר וכבר כתב הפ"מ ח"ב סי' כ"ה דליכא מאן דפליג עלה וכו' וא"כ איך קפסיק ותני נגד ס' הר"מ זאת שהובאה במרדכי דליכא מאן דפליג עלה ול"ע עכ"ל :

ואחהמ"ר אין כאן מקום עיון כלל דהא ודאי גם מהר"ס ז"ל אזיל ומודה בנדון הרדב"ז ז"ל דנדון הרדב"ז ז"ל איירי במכר לו זהב או כסף שמעורב במעט ונמלא יותר בכי הא כתב הרב שאין זה מום אבל בשינוי מינים דמכר לו בחזקת זהב ונמלא של כסף דהוי מין אחר בהא ודאי ליכא מאן דפליג עלה ותמהני על הרב ז"ל איך לא ראה מ"ש הב"י שם בשם המרדכי שכתב בהביאסף דאם מכר לו כסף צרוף ונמלא כסף סיגים אינו יכול לחזור בו ופסקו מור"ס הכא בסימנין וזה ממש כנדון הרדב"ז וזה ודאי דלא פליג אדין מהר"ס שהרי קיים שם אבל זהב ונמלא כסף או לסיפך שניהם יכולים לחזור בהם והעפ"י שמלאתנו למהרשד"ם ז"ל בתשו' ח"מ סי' שפ"ס שכ' דסברת האביאסף ס' יחידית היא דלא גרע מחטים יפות ונמלאו רעות וגם הרב שארית יהודה בפסק הרש"ע דנ"ב בחתימתו על פסק מהרשד"ם כתב דכונת האביאסף על המוכר שאינו יכול לחזור בו ולא על הלוקח וכ"כ הרב מש"ך ח"ב סי' מ"ט אף שהוא דוחק וכ"כ בתשו' בית יהודה דק"ה יע"ש מ"מ לע"ד נראה דבכ"ד דהרדב"ז כ"ע יודו דבשלמא אם מכר לו כלי או טבעת של זהב ונמלא שאינו מזוקק יפה שפיר הוי כמכר לו יפות ונמלאו רעות דחוזר דהא אינו רוצה לזקק הזהב או הכסף כדי ליפותו אבל בכ"ד דהרב שמכר לו כסף או זהב כדי לזקק אותו ונמלא חסר יותר ממה שאמדוהו בהא ודאי הדבר ברור דלא הוי מום כדי שנאמר דלעולם חוזר דהא כיון שרוצה לזקקו מ"ל שיהיה חסר מעט או יותר אין קפידא כיון שהוא רגיל להמלא בו ובכי הא כ"ע יודו דלא הוי כ"א דין אונאה וכמ"ש הרב ז"ל ודברים אלו דברי אמת הם לע"ד ולפי"ז אין צורך למ"ש הרב ד"מ שם דבכ"ד אפילו הרדב"ז יודה מטעם דל"ק הרדב"ז אלא בזהב ונמלאת כסף אבל בכ"ד דנמלא כסף מעורב עם נחושת מתורע אין לך מ"ט גדול מזה וכו' יע"ש דלע"ד אפילו אם יהיה בכ"ד דהרב דנמלא בתוכו כסף דוקא הוי מק"ט והוא דל"ק הרב אלא במי שמכר לו כסף או זהב כדי לזקק אבל במכר למירים שעומדים ללבישה ולא לזיקוק אזיל ומודה דהוי מק"ט וזה דבר ברור ודוק :

סי' רל"ה ס"ח קטן וכו' אבל בקרקע אין מעשיו וכו' עכ"ל נ"ב ע"ל סי' סט"ו ס"ב דכל שאין לו למכור אין לו להשכיר וע"ש בסמ"ע :

סי' רל"ז במור"ס אבל אם מחוסרים עדין הפסיקה וכו' עכ"ל נ"ב עפ"ר שכ' דאם

דאם הם מתעסקים עדין בפסיקת הדמים ולולי הפלישי הוו משום נפשם הוי השגה גבול יעו"ש:

שם ס"ב אסור ללמד וכו' עכ"ל • נ"ב עיין בתשו' מהר"ם ן' חביב בי' ח"א סי' קנ"ם וראיתי לבכ"י שכתב משם המרדכי עז"ר ר"ח ובי"פ ר"מ על ראובן שהיה מהפך בקרקע של ארמי על המכר של שמעון וקדם שמעון וקנה דלא מיקרי רשע דהוי כמו מציאה וכו' עכ"ל • וראיתי מ"ש עליו ולא ידעתי מי מקרושים וז"ל ק' דבלא זה אם היה קונה ראובן היו מוציאין מידו משום ועשית הישר והטוב כ"ש בשקנאו הוא עכ"ל • ואני אומר שסגנ פוס דנוי ליה כיה משום דיכא דבר מגרא דא"ל פריא אברחי מנלך וכמ"ש הטור סי' קע"ה סקנ"ז ועיין ג"כ פסמ"ע וק"ל:

סי' רמ"ב בסמ"ע סק"ו לפיכך כל שטר וכו' בסמוך ס"ר יתבאר וכו' עכ"ל נ"ב עיין מה שפירש בי' כפי' א' בדברי הרא"ש ועיין דרושה שם:

סי' רמ"ג ס"א המזכה לחבירו וכו' זכה המקבל ואין הנותן יכול לחזור בו וכו' עכ"ל כתב מהרי"ט ז"ל בתשו' שא"ע סי' ב"א דקדק מדברי הרמב"ם בפ"ג מה' זכיה שכ' ששולח חשירה לחבירו או שנתן לו מעות וכו' והפליג בו עד שלקח הרי אלו מתנה וכו' נראה דדוקא בכה"ג ששלח לו אשורה או שנתן לו מיד ליד וזה שיהא ממאן והפליג בו עד שלקח אבל נותן מעות או זן ומפרנס אין סתמן מתנה עכ"ד ולכאורה מיקדוק וזה נראה דאף שהאיש הזה מטה ידו ואיש עני הוא אפ"ה אם נותן סתם או זן ומפרנס סתמן לשם מתנה שהרי אפילו בשמטה ידו כתב רבינו דדוקא בכה"ג ששלח וכו' והוא ממאן וכו' אבל אם נותן סתם לא יתם כנים הדברים הדבר תמוה הוא ודאי בשהוא עני אין שום צד לומר דהוי לשם הלואה ואפילו כנותן סתם או זן ומפרנס סתם וכן מבואר בריו"ח שהביא מרן ב"י בי"ד סי' רנ"ג וכ"ב מרן בח"מ סי' קכ"ח מתו' כ' וז"ל ומיהו ה"מ כשהיו לו נכסים באותה שעה אבל אם לא היו לו אין לו עליו כלום דאם לא היה הוא מפרנסו הוו אחרים מפרנסים אותו דחייבים ישראל לפרנס עניים עכ"ל ובודאי צריכים אנו לומר דמ"ש רבינו בשמטה ידו ודקדק שהב מהרי"ט עלה אין הכונה דאיש עני הוא אלא שמעט ידו ממה שהיה מקודם ועדין איש עשיר הוא והיינו בהורה להקת בכל ומשו"ה דוקא בשהפליג בו עד כוש אבל נותן סתם אין סתמן מתנה אבל באיש עני ודאי הכל לשם מתנה והוא ברור:

אבל ראיתי להרב החבי"ב ז"ל בהגהב"י אות כ"א סב' וז"ל אפי' למ"ד לא איבד מעותיו היינו דוקא בשהיו לו נכסים בשפרנסו דאדעתא שישלם לו פרנסתו פרנסן הכל אם לא היו לו נכסים בזמן הפרנסה אפי' יהיו לו מעות אח"ך איבד את מעותיו מבי"ט ח"ב סי' ל' וכ"כ רבינו המחבר בסמוך וכ"ן מדברי סקה"ר סי' ש"ז אבל אין נראה כן מדברי מהר"ם אלשיך סי' ע' עכ"ל ואנכי עפר אחרי התאלכי בעפר כפות רגליו לא ידעתי מה ראה על ככה בדברי מבי"ט כי הפותח יד בתשו' שם ראם וראה דתחילה חולק הרב בין הקוא דהרי"ף לתה"ד דהרי"ף מיירי ביתום עני ותה"ד מיירי כדאית ליה נכסים וכ' דבכה"ג כיון שיש לו נכסים שהרי יש לכן שמעון חוקת הבתים חייב לשלם וזה"ז כתב המל"א לרי"ו שמפרש דברי הרי"ף אפי' כדאית ליה נכסים ליתום ועוד אפילו כאמר שהחילוק חונספס בנ"ד שרי קטן הוא שפרנסו ראובן לא על דעת נכסיו היה שהרי עדין לא מת יעקב ולא היו עדין נכסים לקטן שיסמוך ראובן עליהם בשבא לפרנסו על סמך החזקות עכ"ל מבואר שהכר דגם למהר"ם אלשיך ז"ל ס"ל דאם לא היו לו נכסים בשעה שפרנסו לאו אדעתא שישלם לו פרנסו ואיבד מעותיו ובדברי המבי"ט ומרן ואיך הרב ז"ל פלגינהו אהדדי ואין ביניהם כמלא נימא וצ"ע:

וגם בי לנע"ד א"א לומר שיחלוק מהר"ם אלשיך ז"ל בזה דלא גרע זה ממה דקי"ל כדין ופסקו מרן ביו"ד סי' רנ"ג דבעה"ב ההולך ממקום למקום וכלו מעותיו בדרך ואין לו מה יאכל יטול צדקה וכשיחזור לביתו אינו חייב לשלם דהוי לבעני והעשיר יעו"ש בדברי הש"ך והאחרים ק"ו אם אתה דבעה"ב שזה יש לו נכסים בביתו אפ"ה כיון שהוא עתה מטה ידו עני חשבינן ליה ואינו חייב לשלם מכ"ש הכא שלא היו לו עדין נכסים לקטן כלל כיון שלא מת זקינו עדין ואחי אמי שם יפה לומר דחייב לשלם ונראה דכ"ע יודו וכדכתיבנא גם מ"ש החבי"ב וכן נראה מדברי סה"ר סי' ש"ז אני בעניי חיפשתי חיפוש מחופש ולא ראיתי שם רמז מזה כלל וצ"ע • איך שיהיה החבר מבואר מדקדוק דברי רבינו ז"ל דבנותן מעות לחבירו או זן ומפרנס אין סתמן מתנה אלא לשם הלואה וכמבואר בריו"ו וכן דעת הרשב"א כפי' אין בין המודר והר"ן בסוף כתובות והה"מ בפי"ב מה' אישות ותה"ד סי' ש"ז ושמ"ח ורבינו אפרים ז"ל שהביא בתה"ד סי' ש"ז דהאומר לחבירו אכול עמי לשם הלואה קאמר וב"ב תלמידי הרשב"א הובאו הבריאים שב"א י"ד סי' קמ"ז וכן דעת מור"ם בח"מ סי' רמ"ו וסי' ו' שפסקה להביא אחר' אפרים וכן היא דעת מהרי"ו ז"ל בתשו' סי' ק"ו וכ"כ הרדב"ז בח"ג סי' תרט"ו וכתב שאין חולק בזה יעו"ש ואלמי מה שמצאתי להרשב"ץ ז"ל בתשו' בח"א סי' קע"ר שנשאל על מי שאמר לחבירו דור בחלונתי שהם שכתב הרב שפטור מלשלם ובתוכם קא"ל גובים הכריע מרן בב"י סי' שס"ג ופסקו מור"ם שם בהגה וכבר תמה עליו הש"ך שפסק איפכא מהש"ך ותפי' רמ"ו לסימן שס"ג גם הרב טנחי זהב בטו"ד סי' קמ"ו סק"ג ע"ש:

וראיתי להש"ס ז"ל בתשו' סי' ש"ל שפסק שם הנכנס למבואה דכיון דפלוגתא היא בין רבינו אפרים והרשב"ץ המוחזק יכול לומר קים לי כהרשב"ץ והמוציא מחבירו עליו הראיה ע"ש ואני אומר דאחרי כע"ר אין הדבר כן דהא כיון שמרבינו להרשב"א ותלמידיו והר"ן ותשב"ת ור' אפרים ותה"ד והרדב"ז גם היתום שהביאו סה"ר בב"י סי' קס"ז והביאו מהר"ם אלשיך סי' ע' גם מדקדוק דברי רבינו ז"ל וריו"ו דכולהו סברי דלא כהרשב"ץ משמע אין המוחזק יכול לומר קי"ל כהרשב"ץ דזין המוחזק יכול לומר קי"ל כפי' הגאון היכא שכל חכמי ישראל חלוקים עליו וכמ"ש מהרי"ק ז"ל בשרשיו ושכא הרשב"ץ יחיד הוא בדבר ובמיעוט כל הפוסקים חלוקים עליו

וכותאי

ובודאי דאין לומר קים לי כוותיה ואין לחלק ולומר דמ"ש הרשב"א והר"ן והש"מ היינו דוקא בזן ומפרנס סתמא דאמרינן מן הסתם בשכר קאמר אבל באו' דור מודו להרשב"ץ דבחנם קאמר דהא ודאי ליתא דגם בשפרנסו סתם דולה לומר דא"ל דור או אכול ועיין להרב כהונת עולם בסי' קס"ז די"א ע"ג שכ' דהרשב"א והר"ן פליגי אהרשב"ץ יעש"ב מוכח דפשי' ליה להרב דאין לחלק בין פרנסו סתם לדור במזוני וכמ"ש וזה פשוט ודוק:

האמנם כל זה שכתבו הפוסקים דוקא בגדול המתפרנס אבל שמפרנס יתום כתב הרי"ף בתשו' והביאו הב"י סי' קנ"ח דשנים מעותיו על קרן הלכי דודאי לשם גמילות חסדים פרנסו ע"ש וכתב מרן שם ומשמע דאין דברי הרי"ף אמורים אלא כשאין נכסים ליתום תחת יד המפרנס אבל אם יש נכסים ליתום תח"י ודאי לאו לשם גמילות חסדים פרנסו יע"ש:

וראיתי להרב הגדול מהר"ש לרור ז"ל בתשו' בחוט המשולש שבסוף התשב"ץ סי' כ"ו דתמה ע"ד מרן במ"ש על דברי הרי"ף ומשמע לי וכו' דהרי דברי הרי"ף מבוררים ומבוארים כמ"ש מרן שהרי לא חייבו להחזיר לו יו"ד זהובים של כל שנה וא"כ הרי הדבר מפורש עכ"ד יעש"ב ואחרי נע"ד נראה דהא קושיא ותיובתא לא מחייבא דהא ודאי דבר גדול דבר שנכיה מרן ז"ל דהו"א דלא כתב הרי"ף אלא דוקא בכגון נ"ד דלקח היו"ד זהובים משל היתום והאכילם עליו הם עצמם בהא אמרינן דודאי אין סברא שיחזור לו היו"ד זהובים שהוציאם עליו כי ודאי מבואר דדעתו שלא להפסיד משלו לקחם והוציאם עליו אבל אה"נ שאם הי"ל נכסים ומטלטלים ביד המפרנס ואכתי בדקיימי קיימי והמפרנס הוציא מה שהוציא משלו אמרינן דמה שהוציא כדרך מתנה הוא דקיהיב ליה והנכסים הם פקדון תחת ידו ויחזירם לו ולזה חידש מרן ז"ל דמשמע ליה דמ"ש הרי"ף דבודאי לשם גמילות חסדים פרנסו כשלא היה לו נכסים תח"י אמרינן הכי דכלש"ה הוא דקעביד ולא לשם גמילות חסדים ובודאי דלא דמי להאיא דיו"ד זהובים כלל ודברי מרן ברורים ודוק ועי' לה' הכנה"ג בסי' קכ"ח הגב"י אות ב' שהביא מהרי"ע ספורנו הובאו דבריו בהרמ"ע סי' מ"ט ומהר"א באליקו בתשו' כ"י שחולקין על מרן כאן ובודאי דמוכרחים הרבנים הנז' לחלק בין זה להאי דיו"ד זהובים שכתב הרי"ף כדכתי' דודאי לא יחלוקו אדברי הרי"ף ובעת אין תשו' הרמ"ע אצלי לראות בעיקר דבריו אבל לע"ד הדבר פשוט כמ"ש וק"ל:

שם סב"ד בסופו אבל אם הפקירו זכה בו אחר וכו' עכ"ל נ"ב עיין לעיל סי' ר"ב סו"ג וסימן ער"ה ס"ט יע"ש:

סי' רמ"ה ס"ד יש מי שאומר וכו' עכ"ל נ"ב עיין לעיל סי' ר"ו ס"ה ובכנה"ג שם בהגה"ט אות א' ועי"ש ודוק:

סי' רמ"ו ס"ד הכותב כל נכסיו לאחד מבניו וכו' לא עשאו אלא אפוטרופוס וכו' עכ"ל הנה דין זה הוא מבואר בסוגיין דפרק יש נוחלין דקל"א דאמרינן התם ר"י א"ר הכותב כל נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפוטרופא וכן בבנו ע"כ והראשונים ז"ל הק' ממאי דקי"ל כר"י בן ברוקא דאמר דבריו קיימים יע"ש דקכ"ט ורשב"ם ז"ל תירץ דהקיא דר"י ב"ב איירי שאמר בלשון ירושה אבל אם אמר לשון מתנה לא קנה ולא עשאו אלא אפוטרופוס ולדבריו הסכים הרא"ש ז"ל וע"ש אך ר"ח ז"ל חילק דהא דריב"ב איירי באומר בלא כתיבה אבל בכתיבה לא עשאו אלא אפוטרופוס ולזה הסכים הרי"ף ז"ל בהלכות שכתב ומפרשי רבנן דוקא בכותב אבל באומר ירשני בנו שפיר דמי עכ"ל וכן הם דברי הרמב"ם ז"ל בפ"ו דנחלות שחילק בין אומר לכותב כר"ח והרי"ף וזה פשוט:

וראיתי להרב מהריט"ץ בתשו' סי' קפ"ב שכתב וז"ל ובתירוץ ר"ח יש מקום עיון דהוה קושיא דהבא דריב"ב איירי באמירה ולהכי מהני ושמואל מיירי בכתיבה ולכאורה משמע דבאמירה מהני בכל גוונא ל"ש בל' ירושה ל"ש בלשון מתנה ובכתיבה לא מהני בין הכי ובין הכי כ"ן פשטא דמלתא אמנם מדברי הרי"ף לא משמע הכי דכתב וז"ל וכו' משמע דתרתי בעינן אמירה ובלשון ירושה אבל אמירה בלשון מתנה לא מהני וכן נראה מדברי הרמב"ם וז"ל וכו' הרי דגם הרמב"ם בעי תרתי וכו' וא"ב גם ר"ח ה"ק כי הוכי דלא ניפוש פלוגתא אלא דר"ח והרי"ף והרמב"ם כולהו ס"ל בחד סברא וכו' אלא דקשה על הרמב"ם פ"ו דזכיה שכתב וכן שכותב כל נכסיו מתנה לאחד מבניו וכו' לא עשאו אלא אפוטרופוס עכ"ל וקשה אמאי כתב מתנה דמשמע משו"ה לא מהני אבל אם כתב ירושה מהני וגו' הוא שכתב רשב"ם אבל להרי"ף והרמב"ם בכל ענין לא מהני כתיבה וכו' עכ"ל והנה מקום יש בראש לומר דל"ק להרמב"ם ז"ל והוא כיון דהם ז"ל לא פלוג בין לשון ירושה למתנה בכלל משו"ה נקטו לשון ירושה ורבינו ז"ל בה' נחלות דקאי בדין ירושה כתב ירשני אבל בה' זכיה דקאי בדיני מתנה נקט לשון מתנה כיון דלפי האמת אין חילוק בזה כלל אלא עיקר החילוק הוא בהומר לכותב וא"ש גם דברי הרי"ף דלא בדוקא כתב והשגי אלא כיון דלא פלוג בין מתנה לירושה לא דק בלישנא וגם דייקי דברי הה"מ ז"ל בפ"ו מה' זכיה שהביא דברי הרי"ף ז"ל על דברי רבינו ובאמת דהשמיט כיון לבונו דלדעת הרי"ף לא מהני אמירה אלא בלשון ירושה אבל בכתיבה ולשון ירושה לא מהני ולדעת רבינו שכתב מתנה משמע דוקא בכתיבה ול' מתנה לא מהני אבל בכתיבה ולשון ירושה מהני ודלא כהרי"ף אלא ודאי דסבר הה"מ כמ"ש כ"ז הוא נר' לכאורה:

אמנם כד דייקינן בה בפורתא נראה דמעיקרא קושיא ליתא והרב הנז' השוה דעת הרי"ף ור"ח והרמב"ם לדרך אחת והוא עם מה שראיתי להרמב"ן ז"ל בחידושיו לבתרא שכתב וז"ל אמר ר"י א"ר וכו' מקשו בה רבוותא דהא קי"ל כריב"ב דקנה בלשון ירושה וכ"ש בלשון מתנה דאפילו רבנן מודו דקנה וכו' וזה שהוצרך הרב' לחלק בין כותב לאומר לא משום ל' ירושה וכו' שמשמע משנקינו דבל' ירושה וכ"ש בל' מתנה דאפי' לרבנן בל' מתנה דבריו קיימין עכ"ל גם הר"ן ז"ל כתב וז"ל ואע"ג דתנן לעיל באומר ירשני בני כאתמן דקי"ל כריב"ב וכ"ש בלשון מתנה הכא הכין דפליגי בירושה מודו במתנה תירץ ר"ח והרי"ף דמתני' באומר והכא בכותב וכו' ע"ש הרי

שלך

שלך לפניך דמאי דנקט הרי"ף ורשני הררבה לרבותא נקטיה וס"ל דלשון ירושה גריע טפי ואעפ"י שהרמב"ן כתב ואעפ"י שאין פשט לשונו מראה כן ע"ש אין הכונה דפירוש זה דחוק בדברי הרי"ף אלא כונתו דאף דאין הפשט מוכיח כן כן הוא האמת וזה פשוט גם הר"ן הבין כן בפשיטות בדברי הרמב"ן כמ"ש וגם דברי הרמב"ן הם מבוארים באר היטב והוא דכיון דכתב רבינו בדין א' אין אדם יכול להוריש וכו' ובדין ב' כתב דכ"ז הוא בלשון ירושה אבל לשון מתנה מהני ולהכי שנה הררבה השמועינן ריבותא דכאומר אפילו הם אמר לשון ירושה מהני כיון דהוי כאמירה מש"כ בעלמא דלשון מתנה מהני ולשון ירושה לא מהני הלא דאפילו בלשון ירושה מהני ומעתה גם מ"ש הרמב"ם בזיה לשון מתנה הדרבא לרבותא נקטיה דאפי' לשון מתנה כיון דהוי בכתיבה לא מהני ומעתה דעת ר"ח והרי"ף והרמב"ם ז"ל באמירה בין הכי ובין הכי מהני ובכתיבה בין הכי ובין הכי לא מהני ודלא כמהריט"ן שהשיאם לדעת אחרת ואחרי נשיקת עפרות רגליו לא דק בזה ודבריו צ"ע ודוק:

שם סי"ז במור"ס האומר לחבירו וכו' עד סוף הסעיף כ"ב עיין הרדב"ז ח"ג סי' תרט"ו ועיין לעיל סימן ר"ן סכ"ה וע"ל סי' רס"ד ס"ד כהנה יע"ש:

סי' רמ"ז ס"א בריא שפלא כליס ממ"ה וכו' עכ"ל בכה דין זה הוא מדברי הירוש' כמ"ש הרב המגיד בפ"ו דזכיה וסיים שם אבל אם אמר בשעת מיתה אין הבנות בכלל יע"ש וכתב הרא"ש בתשו' כלל פ"ה סי' ג' הטעם דבשעת מיתה שבא להנחיל אנו אומדין דעתו שאינו רוצה להעביר הנחלה כי עבירה היא דלא קיהוי בעבורי אחסנתא ע"ש הנה מתבאר מדברי הרא"ש ז"ל דבמתנה מחיים לית בה משום לא תיהוי בעבורי אחסנתא אך מדברי ספ"מ ח"א סי' ע' נראה שיש חולקים על ס' הרא"ש בלזו וס"ל דגם במתנה מחיים איח בס משום לא תיהוי בעבורי שכתב שם וז"ל דאפילו במתנה מחיים איכא מאן דסבר דמיקרי עבורי אחסנתא וכיון דיעקב זה זוכה וכו' אפשר דנכנס בכלל עבורי אחסנתא ע"כ הנך רואה דבמתנה מחיים במחלוקת היא שנויה · ומה מאד אני תמיה על מהר"י אלנאזי בס' שארית יעקב דס"ר שהביא דברי הרא"ש וכתב ומכאן תמיהא לי על תשו' הפ"מ שכתב בתוך התשו' דבמתנת בריא אפשר דנכנס בכלל עבורי אחסנתא ע"כ והוא הפך דברי הרא"ש ע"כ ולא דקדק יפה דהפ"מ כתב דאיכא מאן דסבר וכו' ומה יושיענו אי הרא"ש הוא מהסוברים להפך דכיון דהנותן חש לה לסברת מאן דסבר דמקרי עבורי אחסנתא ודברי הפ"מ ברורים:

ויותר מזה אני תמיה דמה שנשתייע מהרי"א מדברי מהר"ש יפה הוא גופיה מסייעא ליה להפ"מ שהרי כתב מהרש"י דדוקא במתנת ש"מ או במתנת בריא ולאחר מיתה אית ביה משום לא תיהוי בעבורי אבל במתנה וכו' יע"ש נראה בבירור מדבריו דדוקא מתנה מחיים גמורה לא אית משום עבורי הכל במתנה מחיים ולאחר מיתה הוויא כמתנת ש"מ ומעתה כנ"ר דהפ"מ ז"ל דהוי גופא מהיום ופירו לאחר מיתה וגם כתב שאם ימות תנוך ישוב לב' בנותיו ודאי דגם מהרש"י מודה דאית בה משום עבורי דלא כתב אלא דוקא מתנה גמורה מחיים וגם הירוש' כונתו כן דדוקא מתנה גמורה מחיים כמו יתנו אלו לבני אבל כנ"ר דהפ"מ אפשר דגם הרא"ש יודה וכודאי דמדברי מהרש"י איכא סיעתא להפ"מ ז"ל ולא קשיא להו מהרא"ש ודוק:

איך שיהיה דעת הרב היפה דבמתנת בריא ולאחר מיתה אית בה משום עבורי אחסנתא אך מדברי הרא"ש אין הכרע שסובר כוותיה אלא דפשט לשונו דדוקא בשעת מיתה אית בה משום עבורי אבל מחיים לא ואיכא מאן דפליג וכמ"ש הפ"מ וכן אתה מוצא למהרשד"ם בתשו' ח"מ סי' של"ו שכתב בפשיטות דגם במתנת בריא איכא משום עבורי יע"ש · איברא דאיכא למידק דאי לדעת הרב מהרשד"ם גם במתנה מחיים איכא עבורי אחסנתא מה טעם בההיא דסדר פסקי דשיראי אמרינן דאף דשלח ואמר לבני אף הבנות בכלל כיון דבאמת משמעות דבריו בניס ולא בנות ועוד דעבירה היא בידו ליתן גם לבנות וא"כ במלא דודאי לבניס ולא לבנות כיון דפשטן של דברים משמע הכי והחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזיקינן כמ"ש הרב:

אשע"ב נלע"ד לומר דלא כתב כן מהרשד"ם אלא במתנה מרובה דההיא ודאי אף דמחיים אית בה משום העבורי אחסנתא אבל בההיא דסדר פיסקי דשיראי דהוי מתנה מועטת דבא ודאי אין סברא דהבנים יזונו והבנות ישאלו על הפתחים ובודאי דכונתו גם לבנות ולע"ד אפשר דגם הרא"ש מודה בזה ולא כתב החילוק בין דמחיים ולאח"מ אלא דוקא דבר מועט ובשעת מיתה אפילו דבר מועט אית ביה ליתא דאיסורא משום דבלא"ה אית להו עיבור בשפי אבל במתנה מרובה ודאי דגם הרא"ש ז"ל יודה דאית בה איסורא אפילו במתנת דמחיים:

ובהכי אתנח לי מה שהקשו על דברי הרא"ש הרב בני חיי סי רס"ב והרב בירך יצחק פ' חיי שרה מסו' דהש"ס כתובות דנ"ג דנראה להדיא דגם בנדוניא דהיא מתנה מחיים איכא משום עבורי אחסנתא אי לאו משום תקנתא ואפ"ה אסור לעשויי יע"ש והרב בירך יצחק תירץ דודאי גם בחיים איכא ליתא דאיסורא אבל הבריא אינו חושש לאיסור זה ונותן גם לנקבות ולהכי גם הנקבות בכלל ע"ש ולי עברו אין דבריו נראין דא"כ דאיכא איסורא הדרבא נימא דכל ישראל בחזקת כשרים וחיישינן לאיסורא ולבנים דוקא ולא לבנות ומכ"ש דפשט הדברים נראה דלא קא מכוין למיעבר איסורא דודאי בנים ולא בנות משמע והיכי ניקום ונפרש דעתו דגם לבנות ולאחזוקי אינשי ברשיעי אשר ע"כ הנלע"ד לומר דדוקא במתנה מועטת קאמר הרא"ש וכמ"ש אבל בההיא דנדוניא דהיא מתנה מרובה ודאי יודה הרא"ש דאסור לעשויי למיעבר יותר כיון דהוי מתנה מרובה ובזה אפשר דכ"ע יודו ומעתה גם כנ"ר דהפ"מ אפשר דהרא"ש יודה דשם הוי מתנה מרובה והרא"ש והרשד"ם בחדא שיטה קיימי ומא"מ ומא"מ ולא פליגי:

ברם אכתי לא יצאנו חובת ביאור לדברי הרב היפה דנראה דעתו דגם במתנה מרובה ליכא

ליכא משום עבורי דברי הרב"ם נתן כל אשר לו לינחק והפ"ה כתב כיון דהוי מחיים לית לן בה ובודאי דזה הוי הפך סוגייא דכתובות וכו' הרב בני חיי יעו"ש ונראה ליישב לדעת מהרש"י דס"ל ז"ל דבמתנה דבריא ולאח"מ דמייא למתנת ש"מ ואית בה איסורא דלא תהוי בעבורי אחסנתא וכמש"ל ודלא כהרב פרי האדמה פ"ו דנחלות ד"א שפי' דברי היפ"ת בפ' לך לך בההיא דר"א ן' הורקנוס דס"ל כדעת הכה"ג דבמתנה בריא מחיים ולאח"מ דשפיר מצי לתעבד ולית בה ליתא דאיסורא יעו"ש דליתא וכמבואר בדבריו הבא בפי' ומעתה ס"ל להרב היפה דמ"ש בש"ס פרק נערה דגם במתנה מחיים אית בה איסורא היינו במהיום ולאח"מ וס"ל דרבי יהודה דלא רצה להיכנס היינו בדי שלא יתקיים אבא שוראה ממנו ויכתוב כל נכסיו מהיום ולאח"מ דודאי אין סברא שיכתוב נכסיו במתנה גמו' והוא ישאל על הפתחים אלא במת יכתוב מהיום ולאח"מ ובזה איכא איסורא וכן ראיתי שתי' הרב מתנה יהודה בביאורו לח"מ סימן רפ"ב ובהכי ניחא לי קצת מה שהק' הכ"ח על דברי הרב העיטור דס"ל דבמתנה במקלא לית ביה עבורי אחסנתא והוא ז"ל הקשה דמסו' דפ' נערה נראה דאפי' במתנה במקלא אית ביה ליתא דאיסורא ולפמ"ש יתיישב קצת דהא"ן ר"י אלו הוה ידע דהיה כותב מקלא נכסיו ודאי שהיה נכנס ולית ביה ליתא דאיסורא אלא שחשש פן יכתוב כל נכסיו וכמו שאירע בן באמת משו"ה לא רצה ליכנס אבל אם ידע ודאי דאינו כותב כ"א מקלא מודה דלית ביה איסורא זה נלע"ד אף שהוא דוחק כדי ליישב דברי ה' ודוק:

סי' רמ"ח ס"ג נכסי לפ' ואחריו לפ' וכו' מת שני בחיי ראשון יהיו הנכסים של יורשי א' וכו' עכ"ל. נראה ברור מדברי רבי' דל"א דלא זכה לראשון אלא דוקא כ"ז שהוא חי ואחריו לפ' וא"כ כשמת פ' וא"א לקיים צוואתו א"כ כשמת ראשון יחזור הדבר לנותן או ליורשיו שהרי לא זיכה לו אלא בזמן שהוא חי אלא דאמרינן דכונתו להקנותו לעולם אבל אם יחיה אחריו שמעון תפסק מתנתו ומעתה כשמת הב' חוזר מתנתו לעולם ויזכו בו יורשיו וזה פשוט ולפי שראיתי להמש"ל בפי"ב דזכיה שכ' וז"ל ויש להסתפק באו' נכסי לך ואחריך לפ' אם לא ישתה יין ועבר על תנאו ושתה יין אם תחזור המתנה לנותן ונאמר שמעולם לא היתה כונתו ליתנו לו אלא בזמן שהוא חי ואחר כך רצה ליתן מתנה אחרת מכחו לאחר בתנאי ולפ"ז כל שלא קיים התנאי חוזרת המתנה לנותן או"ד כונתו היתה ליתנם לא' לעולם אלא שהתנה שאם לא ישתה יין פ' תפסק מתנתו ותהיה לפ' ולפ"ז אם שתה יין ובטל התנאי ולא נפסקה מתנתו וזכו בה יורשי המקבל הא' עכ"ל ולדידי אין מקום לספק בזה דודאי דזכו בה יורשי המקבל הא' שהרי הוא הקנהו לעולם וראיה לזה ממ"ש רבי' בדין זה שאם מת הב' זכה הא' דאמאי לא"א דתחזור לנותן שלא זיכה לו אלא בזמן שהוא חי אלא ודאי דליתא ויש לי עוד ראיות ע"ז ודברים פשוטים הם ואכמ"ל ודברי המש"ל תמוהים בעיני ול"ע. ואפי' היכא שהכיר את הא' וזכה הב' בהם ואח"כ עבר על תנאו ושתה יין אפילו הכי בשקורים חוזרים ליורשי ראשון ולא ליורשי נותן דהא כיון שנתן לראשון ע"מ לזכות בו לעולם אך כשימות ויקיים פ' תנאו תפסק מתנתו א"כ כשבטל תנאו הרי לא נפסקה שמתנה וחוזרת ליורשי המקבל הא' ולא ליורשי נותן ודבריו ברורים הם בעיני ודוק:

שם בסמ"ע סק"ז לפיכך וכו' ואם אמר אל תתנו להם אלא שקל וכו' עכ"ל נ"ב עיין דרישה שכתבן דמסקנא דש"ס פ"ז דכתובות דאין לחלק וכמ"ש סי' רנ"ג סי"ז יע"ש:

שם בש"ע ס"ז בהגה וי"א דזכתה בהן הבת וכו' שהיו לו בשעת המתנה וכו' עכ"ל נ"ב עיין בתשו' מגן גבורים ח"מ סי' ח"ן:

סי' ר"ן מתנת ש"מ וכו' ויש מ"ש דה"ה במי מלוה וכו' עכ"ל נ"ב ע"ל ס"ט דסתם מרן שם בנותן מקלא בפי' במתנת ש"מ דבעי שפוי בה נראה דיש לחלק בין מפרש למלוה מחמת מיתה ודוק:

שם בסמ"ע סקכ"ד דהוי ליה וכו' וכי משום דא"ל קנה אגב קרקע שלך יגרע לכן נלע"ד וכו' עכ"ל נ"ב ע"ל סי' ר"כ וסי' ר' דשאני קנין אגב מקנין אחר דבעי לכורים כתובו ודוק:

סי' רנ"ב בש"ך סק"ד והוא שנותנו נכסיו או שלוה ליורשיו ליתן לו וכו' עכ"ל נ"ב דין זה מוסכם לדעת הר"י בן מיגאש ור"ח והיא דעת מרן דדוקא שנתנו ליד שליש וכ"כ סמ"ע סי' רנ"ג סק"ז ע"ש ומ"ש הסמ"ע כאן סק"ח הוא לדעת הריטב"א וי"ל דנדר לעניים דוקא וכמ"ש סי' רו"כ ס"ז אבל בעלמא לא וכן היא דעת מור"ם וק"ל:

סי' רנ"ג ס"כ ש"מ שאמר הלואתי וכו' שדברי ש"מ ככתובים וכמסורין דמו עכ"ל כתב מהר"ם די בוטון סי' קל"ט דש"מ שנתן דבר שאינו קלוט שדבריו קיימין אף לס' רבי' וכן כתב הפ"מ ח"א סי' ס"א יע"ש וכתב המש"ל פ"ח דזכיה דין כ' וז"ל ול"ע דהא קי"ל מלתא דליתא בבריא ליתיה בש"מ עכ"ל. ולעד"ן דלק"מ עמ"ש הטור סל"ה ופסקו מרן סכ"ו הבא ש"מ שאמר הלוואתי שביד פ' לפ' אין צריך מעמד ג' וה"ט כיון דאיתיה בבריא כמ"ש איתיה בש"מ אפילו בלא מ"ש ומקרי איתיה בבריא כיון דאפשר בשום ענין שישא בבריא וא"כ ה"נ בה"ג דאיתיה בבריא אם כתב לו שטר וכתוב בו ואחריות ונאמר וכו' בכל שטרי הנהוגים בישראל וכו' חייב אפילו בדבר שלא בא לעולם אפי' לדעת רבי' וכמו שכ"כ הרב תורת חסד סי' רל"ז ע"ש א"כ חשיב איתיה בבריא וקני בש"מ דדבריו ככתובים וכמסורים וחשיב כאילו כתב לו כה"ג וגם הרבה חילוקים יש דמועילין בבריא בדשא"ק וא"כ איתיה בבריא ואכמ"ל:

שם עיין בתשו' מהרשד"ם סי' רע"ג ומ"ש המש"ל עליו בדין ג' פ"ט דזכיה יע"ש. ולעד"ן לדחות לסתיה שכתב מרן בסעיף זה הרי דהכא לא אמר אלא לפ' ואפשר דבהלואה קאמר והפי"ה כתב דנותנין ויש לחלק קצת וגם יש לדחות שאמר בדינו כתנו והדבר צ"ע. שו"ר למהרי"ק שורש נ"ד ענף ז' שכתב כדברי המש"ל ופסקו מור"ם הכא סי"ט ומעתה דברי מרן הכא אינם סותרים לדין זה במ"ש אף הרב הפוסק שהביא מהרי"ק שם סבר כמהרשד"ם דלשון זה מועיל יע"ש:

שם

שם בש"ך סקי"א לבני פ' וכו' עכ"ל נ"ב נראה דקאי ארא"ש בסעיף באו' בראוי לו כנ"ל :

שם סקל"ט אבל וכו' וכ"כ הב"י ס"ס נ"פ בשם הב"י וכו' עכ"ל עיין לעיל סעיף יו"ד וכאן אף לא הספיק אין מקבלי מתנה חייבים הריטב"א

סי' רנ"ז ס"א הכותב נכסיו וכו' לפיכך שאב אינו יכול למכור מפני שהן נתונין לבן וכו' עכ"ל דין זה משנה ערוכה פי"ן ע"ש ובוראי אף לר"י דס"ל דקנין פירות כקנין הגוף אין זה סותר למתני' כי בודאי לא יכחיש ר"י משנה ערוכה ומזה אני תמיה על מהרש"ך ח"ג סימן ס"ז שכתב דלר"י בעל בנכסי אשתו שיש לו בהם פירות ב"ח גובה מהם יע"ש והדברים תמוהים דוה הוי היפך משנתינו דהאב אינו יכול למכור ומ"ל מופר ומ"ל פורע לב"ח ומלבר דמילי דסברא נינהו שודאי לא יגבה ב"ח בנכסים שהם של אשתו אפילו נימא דק"פ כק"ה וכמ"ש הש"ל בהל' מלוה פ"א דין ס' על דברי מהרש"ך הללו גם מזה אני תמיה על הרב דכמ"ע הוי היפך משנה ערוכה ועיין בב"ק דפ"ח ע"ב ול"ע (א"ה באמת לכאורה פשט דברי הש"ס פרק השואל דל"ו ה' מסייע ליה למהרש"ך דאיתא התם בשאל מן האשה ושאל לו בעלה וכו' בעל פלונתא דר"י ור"ל ופרש"י דמיירי בנ"מ ע"ש הרי בהדיא דלר"י אף בנכסי אשתו ק"פ כק"ה דמי ומיהו כד דייקת שפיר בר' דלאו שמא מקיים דברי בלאו הכי קשה דהרי אמרינן פ' השולח דמ"ז אחיכיה וכו'. שאני התם דכתיב ולביתך וכו' ע"ש הרי דלב"מ כ"ע מודו דק"פ בקה"ג דמי והיכי קאמר בפרק השואל פלוגתא ובכר אמי בעוני קירלתי ב' קירושים קירון א' דאיתיו בהריטב"א שם פ' השואל וז"ל ועוד שהא גבי ביכורי אשתו מודה ר"ל וכו' משום דכתיב ולביתך וכו' הא ל"ק דהתם גזירת הכתוב הוא עכ"ל ומקירון זה איכא קצת סייעתא להרב מהרש"ך אבל לקירון הב' שכבר הוכחתי במ"א באור' לדעת הירוש' והרמב"ם והתו' דלא קאמר ר"ל לגבי ביכורים דמו"ק אלא לאח"מ אשתו אבל בחייה ש"ל לה"ל דק"פ לאו כקה"ג דמי ובהכי א"ש הא דפ' השואל דקאמר בעל פלונתא ובהכי א"ש דברי מהריב"ל בסימן ק"ז ח"ג דמסתפק בענין זה יעו"ע א"כ אין כאן ראיה מפרק השואל למהרש"ך דאיכא למימר דיש לחלק ול"ע וכל מ"ש הוא עפ"י הרשום ואין בעת איתי ספרים לעיין בהם היטב וכתבתי ראשי דברים להקל על המעיין קצת ואני בעוניי בבר כתבתי בענין זה בא:ורך אי ק"פ בקה"ג אי לאו ואכמ"ל ע"כ דברי המעתיק אליהו חמוי ס"ט) :

סי' ר"ס בסמ"ע סקב"ט או ביותר וכו' וכ"כ בטור בהדייא דיותר מקב בר' אמות הוא אובעיא וכו' עכ"ל נ"ב נ"ל שט"ס הוא ונ"ל לא יגע בהם דרוקא יותר מקב ביותר מד' אמות הוא בכלל האיבעייא וק"ל :

סי' רס"ז בסמ"ע סק"ט וז"א וכו' צריכא תרכנן מחזירין לו בסי' ארוך וגוץ וכו' עכ"ל נ"ב הלשון מגומגם ונ"ל שהוא חסר ובכ"ל מחזירין לו בסי' חיור וסומק ולהרמב"ם והמחבר בראשונה היו מחזירין בסי' מובהק דהיינו ארוך וגוץ וממילא גם עתה מחזירין לו בסימן ארוך וגוץ וכו' כנ"ל :

סי' רס"ח במור"ס ס"א ודוקא בר"ס וכו' ולא נרע משום וכו' עכ"ל נ"ב ע"ל סימן קל"ח סי"ב ולהמש"ל ז"ל בפ"ב דזכיה דין ב"ט ודוק :

סי' רע"ה ס"ט החזיק וכו' ואם בא אחר וכו' עכ"ל נ"ב עיין בסימן רס"ג סכ"ד ובט"ז שם ועיין סימן ר"כ סי"ג ובסמ"ע שם

סי' רע"ח ס"ב מי שמת וכו' ונוטל בהם בבכור פי שנים עכ"ל נ"ב עיין בתשו' מהרשד"ם אה"ע סימן קי"א שכתב דחשו' זו פלוגתא הדברי המרדכי שפסק רמ"א באה"ע סי' ק' ס"ב ע"ש ועיין במהרי"ט ז"ל בתשו' ח"מ סימן ע"ג וקשי נקטינן דלא במור"ס שם ועיין בתשו' בני אברהם ח"ה סימן כ"ח :

שם בש"ך סק"ו אבל במשכון אפילו יש עליו שטר וכו' עכ"ל נ"ב קאי אס' י"א וסוף ס' מהריק"ו דבמשכון של נוי לא מיקרי מוחזק ואפילו יש עליו שטר וכ"מ במהריק"ו ע"ש :

סי' ר"פ בש"ך סק"ג בסופו אבל אי ליכא לא הא ולא הא כגון שנפלו נכסים וכו' עכ"ל נ"ב ע"ל סימן רע"ו סעיף ה' ע"ש ונ"ע :

סי' רצ"א ס"ב שומר חנם וכו' אבל אם א"ל הנח לפניך או הנח שהם אפי' ש"ח לא הוי וכו' עכ"ל כתב המח"א בהל' שומרים סימן ה' וז"ל במקום שהוא מיוחד לשמור וכו' אף שהנא שאמר מחייב וכו' ואע"ג דלר' לא מתחייב עד שיקבל עליו לשמור איכא למימר וכו' ועוד בש בנ"ד וכו' ולע"ד דין זה מוכרח ממאי דאמרינן בהכונס דנ"ט ב' על מתני' דקתני ואם שרדים ברשות בעל השדה חייב לימא מתני' דלא כר' אר"פ הכא בנטר כי דרי עסקינן דכיון דא"ל עייל ונריש עייל ואנטר לך הוי ע"ב ובנוס שורך והנח שאמר שוו בשיעוריהן ובדאמרינן בהאומנין דפ"א ובמ"ש הרב ולא ידעתי למה לא שביא הרב ראיה זו לדינו ול"ע ומ"ש דל"ר לאה ביאת קמך וכו' אין נר' כן מדברי הרמב"ם בפ"ב דשכירות דין ח' יע"ש :

עוד כתב הרב הנז' סימן נ' דבמשך אפילו בשתיקה חייב בשמירה לכ"ע וכו' ע"ש ואני או' דאין כן דעת הר"מ כמו"ל דס"ל דבהנא לפני אינו חייב עד שימשוך במ"ש בפ"ב דשכירות ובפ"א ונ' משאלה יעו"ש וא"כ כשאמרו דהנח שאמר לא הוי ש"ח אפילו ברמשך והנח לא גרע משתק במ"ש הרב סימן ב' ע"ש וק"ל ועיין בטוח"מ סי' רנ"א ס"ו ועיין בלח"מ פ"ב דשכירות יעו"ש ויש לתרץ דנדון הרב מה"א ברשותו אפי' הרמב"ם יודה דלא בעי משיכה וכ"כ הכנה"ג סי' רנ"א הגה"ט אות נ"א יע"ש :

שם סי"ב בסופו ואם לאו פטור עכ"ל נ"ב ואם אין הדבר ידוע ע"ל סי' ש"ג סיו"ד בסמ"ע ובש"ך שם :

שם סכ"א בל המפקיר אבל בעה"ב וכו' עכ"ל נ"ב עיין בתשו' מהריט"ץ סיס"י רע"ט ורו"ר ורל"ס שכתב דה"ר בשהפקיר נשאר בעיר ע"ש וע' תשב"ץ ח"ד סי' ב"ו שחולק ע"ש :

שם סכ"ו שומר שמסר לשומר חייב וכו' ואם הכיא השומר הב' ראיה שיפטר בה שומר הא'

הא' וכו' אם הניח השומר הב' עדים וכו' פטור עכ"ל. הנה נראה מדבריו ז"ל דדוקא אם השומר שומר ב' עדים שמתה כדרכה פטור. אבל אם נשבע הב' שמתה כדרכה אע"ג דדרכו להפקיד אצלו ואינו יכול לומר לו לא מהימן לי בשבועה אפ"ה הא' חייב. ובאמת דבר תימה הוא דאמאי לא מהימן השני בשבועה שנשבע ויפטר הראשון כיון שדרכו להאמינו בשבועתו ואמאי קרא רבינו פושע אם לא הניח השני ראיה ובכך עמדו על דבר זה קמאי דקמאי הביאם מרן בכ"מ יוסף משם רי"ו שכתב וז"ל ותמהו עליו רוב הפוסקים ז"ל דמאחר שרגילים הבעלים להפקיד אצלו שפטור הב' אפילו שמיעט בשמירתו שנאמן לשו"ח וכו' עכ"ל. והדבר מבואר כמ"ש דאמאי קראו רבינו לשומר הראשון פושע אם לא הביא עדים הלא כיון שרגילים להפקיד אצלו פטור הא' בשבועת השני אפילו שמיעט מאי איכפת ליה כיון דשו"ח כתגסה ונאמן בשבועה שדרכו להאמינו בשבועתו וכן הבין קושיתם הש"ך וכן הקשה הפר"ח כמו קיים ובם דברים פשוטים ולא הוצרכתי לכתוב כל זה אלא לפי שראיתי להמש"ל בפ"ח דשכירות דין ד' שהשיא דעת רוב הפוסקים לדרך אחרת ותמה עליהם איך לא עמדו בקו' זו שהקשנו הנ"ל ולא ידעתי מה ראו על ככה לתמוה על רבינו בדין זה דרבינו שרגיל להפקיד אצלו בשו"ח הרי לא נחלק עכשיו בהאי שמירה ודוקא לענין שבועה באמר זה בגמלא ומה שיש לתמוה על רבינו דלמה הוצרך שיביא ראיה השני ולא נאמן בשבועה אחר שהבעלים רגילים להפקיד אצלו לא תמהו עליו וכו' עכ"ל. ואחרי אלף מחילה לא נתכוין לכונת דבריהם וכונתם מבוארת בש"ס והרב ז"ל לקח הדברים כפשוטן ודבריו הם תמוהים וכמ"ש ונ"ע:

וראיתי להכ"ח ז"ל שהביא לדברי רבינו ראיה מן הש"ס דאפילו אם נשבע השני לא נפטר הא' בכך והוא מדאמרינן שם בהמפקיד ל"מ שומר שכר שמסר לשומר חנם דגרועי גרעיה לשמירתיה וכו' והכונה דאם ל"מ דגרעי לשמירתיה ואפילו ברגיל ונשבע דחייב דאיכא למימר שאם היה מניח זה הפקדון אצלו ולא היה מוסרו לשומר הב' לא היה נארע אונס זה וכיון שי"ל שלא היה נארע זה האונס אצל המפקיד הא' א"כ פשע במה שמסרו לשומר השני ואפי' נשבע מאי איכפת לן כיון שי"ל שהאונס בא מחמת הפשיעה עכ"ד יע"ש ולכאורה הם דברים תמוהים טובא דהאי אמרינן דאם היה בבית הא' לא היה נארע אונס זה א"כ אפי' הביא השומר השני עדים שנאנסה ליחייב השומר הראשון דמאי אהניא שנאנסה אצל השומר השני כיון דאם היתה אצל שומר הראשון לא היתה נאנסת ואמאי כתב רבינו דאם הביא השומר השני עדים פטור כלא מחמת פשיעתו בא האונס ודבריו צ"ע ואחר שמיותר מבני הישיבה הי"ו אין דבשבועה אפילו אם נשבע יתכן שמחמת שהיה אצלו נארע האונס והוא לאו אדעתיה וטעה בדעתו ונשבע על ככה אבל בשעדים מעידים ודאי שהם מדקדקים שלא מחמת שהיה אצלו אירע האונס ולא בא האונס מחמת הפשיעה אבל השומר השני יתכן שבא האונס מחמת הפשיעה ונשבע שאינו מחמת הפשיעה ע"כ

שניעו דפח"ס ואף שהוא דוחק שהקשה להכ"ח דדחיק ומוקי אנפשיה ודוק:

שם סכ"ז בד"א וכו' אבל אם הקנה וכו' עכ"ל נ"ב עיין בהמש"ל בפ"ב דשכירות דין ט' עש"ב:

סי' רצ"ב ס"ז בהנה כסופו ואם גילה דעתו שעסק לצרכו או במקום וכו' עכ"ל נ"ב כ"ל שט"ס הוא וצ"ל ובמקום שאסור וכו' ובזה לא קשה קושית הסמ"ע סו"ד שכ"כ הרב גור אריה עיין עליו:

סי' רצ"ה סעיף ה' אמר בב"ד וכו' או שלא הספיק לתבוע לנפקד עד שמת ותבע לבניו נשילתו וכו' עכ"ל בעייא שם בגמרא יע"ש וקשה לעו"ד אמאי לא פשיט הש"ס דלבנים לא והוא דטעמא דאכוהון אמרינן שם הנעשה כאו"ל לכשתגנב ותאכל תאלמני הרי פרתי קנויה לך ואמרינן בגמרא בפרק מי שאחזו דעו"ד הרי זה גיטך ע"מ שתתני לי ר' זוז ומת דלרבנן לי ולא ליורשי וכן פסקו כל הפוסקים דלו ולא ליורשיו א"כ הכא דנעשה כאומר לו הרי פרתי קנויה לך ודאי לך ולא ליורשך קאמר ומאי ספיקא איכא וצ"ע:

ועיינתי הרבה ונישא לי כמה שראיתי למרן ז"ל בבדק הבית ח"מ סימן ר"ז שהביא משמיה דהריטב"א שכתב דלא אמרו לי ולא ליורשי אלא דוקא בגט ומתנה אבל במכר כ"ע מודו דלי וגם ליורשי קאמר יעש"ב ומעתה שפיר קא מבעיא הכא כיון דהוי כמכר שמקנה לו הפרה וי"ל דהוי לי וגם ליורשי או דילמא כיון דבחפילה הוי כמתנה אמרינן דלי ולא ליורשי נמצא ספק הש"ס ודוק היטב כי קצרתי מאד ועיין בס' קהלת יעקב בל"כ א' אות למ"ד ועיין בס' שרים יעקב בפ' בהעלותך יעש"ב וצ"ע:

סי' רצ"ו ס"ח הודה השומר שפשע וטען תנאי היה ביניהם וכו' עכ"ל עיין מ"ש הרב המגיד פ"ג דשאלה דין ב' ומ"ש עליו מרן בכ"מ. וכתב המש"ל לא ידעתי מה דהא לגווי לה"ס טוען כדבר פשוט וכו' יע"ש. ואני אומר דאמרי בעו"ד האמת יורה דרכו דכונת הש"ס כמו שהבין מרן שהרי כתב הרב המגיד אבל יש קצת תימה בדברי רבינו שהרי כבר כתב בפ"ב מהלכות שכירות דין זה טען וכו' ע"ש הרי מבואר שהש"ס הבין דדין זה ודין פ"ב דשכירות הכל אחד וכאן כתב שה"ס וגם כתב שבועת היסת ולפי דברי הבנת המש"ל הי"ל להרב המגיד לומר שיש קצת תימה ניהמניה במיגו שיכול לומר לא אמרתי אלא הנח ושם הוי היסת סו"ד הדבר נראה כי כונת הרב המגיד ז"ל כהבנת מרן וק"ל:

סי' רצ"ז ס"ב אבל אם טען וכו' אבל החזרתי לך נשבע היסת ונפטר וכו' עכ"ל דין זה הוא לשון הרמב"ם פ"ב דשכירות ועיין להה"מ שם וכתב מרן בכ"מ שם דבטוען החזרתי כיון שמודה שנעשה שומר חלה עליו שבו' השומרים וכו' יע"ש ודבריו תמוהים מאד דלא שייכא קמיה ליסנא דרבי' שכתב בפי' דבהחזרתי נשבע היסת וכבר עמדו ע"ז גדולי המחברים הלא המה הרב מהריט"ץ בתשו' סימן קס"ח והלח"מ והכ"י מש"ל והרב בד"ח ונלאו

למצא

למה פתח לדברי מרן ז"ל והניחו בקושיא יעו"ש גם הרב בני יעקב בתשו' סימן י"ב עמד על זה יעו"ש ואף דנראין כן דברי רבי' בפ"ו דשאלה גבי הביא דשומשמין שהביאה מרן שם כבר הה"מ שם עמד בזה וכתב דדעת רבי' שכיון שנתן סימנים משו"ה מחייב שבו' התורה יעו"ש איך שיתיב. המורם מהאמור דעת רבי' נר' ברור דבהחזרתי נשבע היסת ומפורש הכא ודלא כהכ"מ וכן הסכים כדעתו הא"ת וכן הסכימו שאר נושאי כלי רבי' וכל הפוסקים יע"ש ובמרומה שאף מרן חזר בו שהרי פסק הכא כהרמב"ם דנשבע היסת ודוק:

אך ראיתי להרב הגדול המש"ל ז"ל בפי"ב מה' מלוה ולוה שכתב דברים שאחרי לחיכת עפר כפות רגליו הם תמוהים בעיני וז"ל שם בדין ב' ומפני מה אינו נשבע היסת וכו' יש מן התימא בדברי רבי' וכו' ונראה דרבי' ז"ל אזיל לשיטתיה דס"ל דבטענת החזרתי צריך לישבע בנק"ח וכמ"ש בפ"ו דשאלה בההיא דשומשמין וכבר ביאר הטעם הכ"מ בפ"ב מהלכות שכירות וכתב דכיון שהוא מודה שנעשה שומר אלא שפוטר עצמו מצד אחר כגון שטוען החזרתי צריך לישבע כעין דאורייתא ואף דהה"מ פליג אהא וס"ל דבטענת החזרתי ישבע היסת לאו אליבא דרבי' קאמר לה דהא רבי' כתב בפי' פ"ו משאלה דבטענת החזרתי צריך לישבע בנק"ח אלא אליבא דידיה קאמר לה דאיהו פליג על רבי' וס"ל כהראב"ד שהשיג עליו כמו שיע"ש עכ"ל:

ואנכי בעוניי לא ירדתי לסוף דעת הרב בלשון הזה הרי במ"ש דרבי' אזיל לשיטתיה דבטענת החזרתי נשבע בנק"ח תימא הוא זה דהא ליישנא דרבי' הכא הוייא תיובתיה שכ' בפי' דנשבע ה"ס ובהיא דשומשמין כבר תרגמא הה"מ לפי שנתן סימנים ואין מהם ראיה ומ"ש כבר ביאר הכ"מ וכו' גם זה תימא דאיך שבח דברי עצמו דהוא ז"ל בדין זה תמה על מרן דלא שייך ליישנא דרבי' שכתב דנשבע היסת והנ"ע ואיך הכא ניחא ליה בדברי מרן ולא זכר שיוה לשון הרמב"ם ודברי עצמו י ומ"ש דהה"מ לאו אליבא דרבי' קאמר לה אלא דפליג על רבי' וכו' ק"ט הרי דהא ליישנא דהה"מ הכא יורה יורה דבדעת רבי' קאמר לה כמבואר ותו דהרואה יראה בפ"ו מהל' שאלה דין ב' שכתב רבי' דאם טען השומר אנוס היה וכו' מתוך שיכול לומר שמרתי כדרך השומרים ונאנסתי נאמן לומר שהיה כיוהם אנוס וכו' ותמה הה"מ דאמאי לא ישבע היסת במיגו דהחזרתי יעו"ש ואם כדברי הרב דדעת הה"מ כדברי רבי' דבהחזרתי נשבע בנק"ח מאי קא מתמה הה"מ התם למה לא ישבע היסת במיגו דהחזרתי אלא החזרתי דמייא לנאנסו ובנק"ח אלא ודאי שדע' הה"מ בדעת רבי' דבהחזרתי נ"כ היסת גם בההיא דשומשמין כתב הה"מ ואולי מפני שנתן סימנים אמר רבי' שישבע בנק"ח דברים אלו מוכיחים דלא כהרב ז"ל כמבואר למעיין סו"ד דברי המש"ל נפלאו ממני ונל"ע ידו"ק היטב:

ובדרך אגב ראיתי לעמוד בלשון רבינו דפ"ו דשאלה ופקדון דין ב' שכתבו דס"ל להרמב"ם דצריך לישבע בנקיטת חפץ דהרי רבינו בפרק ז' בדין זה כתב אין לך מי שנשבע מתוך שיכול לומר כך וכך וישבע בנקיטת חפץ אלא השומר בלבד שיש עליו שטר וכו' עכ"ל ומעתה הדבר קשה דאיך כתב ודוקא שיש עליו שטר שלא בדין טען השומר אנאי היה שלא יש שטר ואפ"ה נשבע בנק"ח כמ"ש י וראיתי למהרי"ט בתשו' הנז' שהביא דברי הרב המגיד שם שהקשה דאמאי אינו נשבע היסת במגו דהחזרתי ותמה עליו מלשון זה דאי כונת רבינו דישבע בנק"ח הרי דבריו סותרים זה את זה שכתב הכא דדוקא כיש עליו שטר ודחה מכח קושיא זו דברי הרב המגיד וכתב וז"ל אלא ודאי מ"ש הרמב"ם ישבע וכו' אינה שבועת התו' אלא שבועת היסת וכו' עכ"ל יע"ש:

ואנכי בעניי אמרי בע"ר שותים דמר לא נמירנא ולא ידענא מאי קאמר דהרי הה"מ טעמו ונימוקו עמו שהרי כתב רבינו מתוך שיכול לומר נאנסתי וכודאי אם היה טוען נאנסתי היה חייב שה"ת ושפיר הכא דטוען אנאי היה בינינו במגו דנאנס לאו להקל משבועתו אלא לומר דנאמן בטענה זו בשבועה וזהו עיקר טעם פי' הה"מ בדעת רבינו ולא ידעתי איך הרב לא שת לבו לזה ליישב דעת רבינו איך נפטר בשבועת היסת כיון דהוי במגו דנאנסו וא"א בא בנקיטת חפץ ומעתה הדרא קושיא לדוכתא איך רבינו ז"ל סתר דידיה אדידיה וכתב ביש עליו שטר ואם נאמר דמ"ש רבינו שיש עליו שטר היינו בכל דוכתא דהוי במגו דנאנסו דדמי לשטר דקא עסיק ביה רבינו דהוי במגו דנאנסו בהא אתי שפיר אלא דהוא דוחק בכונה להעמיס כן בלשון רבינו ונ"ע:

ואולם למאי דאתאן עלה מעיקרא שמבואר לס' מרן ז"ל דס"ל דבהחזרתי דנשבע בנק"ח אפילו דליכא שטר ואני בע"ר מלבד מה שתמהו עליו תמיהא קיימא מליישנא דרבינו ז"ל דהוי תיובתיה אבתי. יש מקום עיון על דברי מרן ז"ל מהא דאיתא בב"ב פרק המוכר את הבית ד"ע בעא מיניה ר"ע מר"ח המפקיד אצל חבירו בשטר וא"ל החזרתים לך מהו מי אמרינן מגו דאי בעי אמר דנאנסו מהימן השתא נמי מהימן או"ד א"ל שטרך בידי מאי בעי א"ל מהימן ולימא ליה שטרך בידי מאי בעי א"ל וליטעמיך וכי א"ל נאנסו מי מצי א"ל שטרך בידי מאי בעי א"ל סו"ס כי א"ל נאנסו לאו שבועה בעי הכא נמי מאי נאמן בשבועה וכו' ע"כ ואם איתא כדברי מרן דבטענת החזרתי כיון שמודה שנעשה שומר נשבע בנק"ח גם בלא שטר א"כ אדפריך ליה בש"ס סו"ס כי נאנסו לאו שבועה בעי ומשמע שהכין דבטענת החזרתי אפילו בשטר לא בעי שבועה אדרבא ליקשי ליה דאיך יניכא בארעא וגיורא בשמי שמיא דבהחזרתי בלא שטר בעי שבו' בנק"ח כיון שמודה שנעשה שומר וכדעת מרן ובשטר לאו שבו' בעי אתמהה ותו דאי ס"ל להש"ס דבהחזרתי הוי בנקיטת חפץ משום שמודה א"כ איך ס"ד דמקשה דבהחזרתי בשטר לא בעי שבועה דהוי כ"ש מבלא שטר אלא ודאי דס"ל להש"ס דבהחזרתי אינו חייב שבועה מה"ת כלל והכין המקשה דגם בשטר הדין כן דלא בעי ומשו"ה הוקשה לו כיון דהוי במגו דנאנסו ובנאנסו ודאי דבעי שבועה גם בהחזרתי בשטר בעי שבועה אבל

ודאי

ודאי דבלא שטר אפי' שבועה לא דלאו מטעם מינו אתינן עלה ודלא כדעת מרן ז"ל ולא ידעתי איך תתיישב סוגיא זו לדעת מרן ואף שיש ליישב בשו' זו בדוחק עצום ליתא לענ"ד וצ"ע:

והנה הרב לח"מ תמה על מרן מההיא דריש פרק כל הנשבעין יע"ש ולענ"ד ליישב דדעת מרן כיון דאנן כדידן לא קי"ל כההיא סוגיא אלא דס"ל שכיון שמודה שנעשה שומר חייב שבועת התורה וכמ"ש רבינו בדין ח' א"כ אפ"ל דגם בההיא דהחזרתי בנק"ח כיון דמודי הוא טענתא גמורה וכמ"ש רבינו והוא דוחק ודוק כי קצרתי:

סי' ש"א בש"ך סק"ד שומר וכו' וכן מוכח לעיל סי' רנ"א סכ"ו דפסקו וכו' עכ"ל נ"ב עיין למרן בכסף משנה סוף פ"א דשכירות שס"ל כהרא"ש ומאי דפטור היינו בההיא עדים שמתה כדרכה דמשו"ה מה לי הכא מה לי התם וק"ל:

שם בש"ע סעי' ד' אין השומר וכו' עכ"ל נ"ב ע"ל סימן ש"פ ועיין סוס"י רמ"ו ובש"ך שם:

סי' ש"ג ס"ב שומר שכר חייב וכו' נ"ב עיין תשו' נכח ורדים חח"מ כלל א' סי' א' ותשו' כרם שלמה ח"מ סי' פ"ה:

שם בש"ך סק"ז אם לא וכו' ומתוך כך נשרף החמץ שהיה שומר עליו ל"א כיון וכו' עכ"ל נ"ב ט"ס הוא וכצ"ל לא אמרינן לא הוי אונס מטעם שהיה נשרף חפצים שלו כיון שהיה יכול להציל את החפץ כ"מ בתשו' הרב שם ועיין בכנה"ג הגה"ט אות מ"ט ע"ש ועיין בתשו' כהנת עולם דכ"ח ע"ד יע"ש:

סי' ש"ה ס"ו האומר לחבירו וכו' השאילני היום ואני אשאילך למחר וכו' עכ"ל כתב הס"מ בפיו"ד דשכירות דין ב' ומדברי רבי' נראה שהוא מפרש הסו' על כל השכירות וכו' יע"ש ומהרי"א בכתביו סימן ה' כתב וז"ל ומשם יש לדקדק קצת דלא פשיטא הא מילתא דרש"י מדהוצרך לבארו בתשו' דלא נטעה לו' דלא כרש"י ואם כן אפשר דמרדכי פרק השואל סבר כמשמעות הגמ' וכו' ע"ש ולא ידעתי למה הוצרך לדקדק מדבריו מהר"ם דלא פשיטא הא מילתא דרש"י בפשיטות הול"ל דדעת המרדכי כסברת רבי' והרמ"ה והרא"ש כמבואר בטור סימן ש"ו דרבי' אכולי מילתא קאי ולא השמור לי והשמור לך לחוד וכסברת רש"י אלא דאכולי מילתא קאי ולמה הוצרך להביא עלות מרחוק דלא פשיטא הא דרשי' וצ"ע:

וראיתי למהרי"א שם שכת' ליישב הסו' דהמרדכי גם לסברת רש"י וכתב וז"ל ואפילו שיבא דרש"י יש ליישב התשו' בקצת וי"ל דכיון דהשאילה אשת ראו' לאשת שמעון העינולים הטובים שוים ג' זקוקים ואעפ"י שהיא היתה גם כן צריכה לעינולים שהרי שאלה ממנה גם כן עינולים פחותים נראים הדברים שהיתה כפופה לה ומשועבדת דלא גרע מאשקיין וכה"ג מיקרי שאלה בבעלים עכ"ל והמש"ל בפ"ב מהלכות שאלה דין א' כתב עליו וז"ל וכן מ"ש שהיתה כפופה ומשועבדת וכו' היינו ממש השאילני ואשאילך דלא קרי ליה רש"י שאלה בבעלים ולכך פרש"י דקאי אשמור לי וכו' עכ"ל והרב שדה הארץ ב"ע דקכ"ח וז"ל דלענ"ד דאפשר דמהרי"א אזיל בשיטת הרמב"ם דס"ל דהשאילני ואשאילך הוי שאלה בבעלים וכו' עכ"ל יע"ש:

ואחרי המחילה מכת"ר לא רק כזה דברי הרואה יראה סברת המרדכי כסברת רש"י דס"ל דבהשאילני ואשאילך לא הוי שמירה בבעלים כמבואר בלשונו בפי' ות"ש בדקכ"ט וז"ל ולמה שהקשתי וכו' שוב ראיתי כי תשו' מהרי"א ז"ל הביאה המרדכי וכו' ע"ש כל דבריו הם תמוהים מאד ואולי שלא ראה הרב תשו' מהרי"א בשורשה אלא מדברי המש"ל שהעתיק קצת ממנה ולפיכך כתב מ"ש ודבריו צ"ע ודוק:

אך באמת אעיקרא דמילתא מה שהקשה הרב מש"ל על דברי מהרי"א דמה ראיה מייתי מההיא דאשקיין מיא דהתם המשאיל עמו במלאכתו וגם מ"ש דהיא כפופה ומשועבדת לעינולים קטנים היינו הך דהשאילני ואשאילך ע"ש אחרי בעה"ר בנראה שלא ראה הדברים במרדכי עצמו דהרואה יראה שהתם הכי הוה עובדא שאשת ראו' נתאכסנה בביתו של שמעון ואשת שמעון שאלה ממנה עינולים שוים ג' זקוקים ואשת שמעון השאילה לאשת ראו' עינולים שוה חצי זקוק ואשת שמעון איבדה העינול החשוב ופסק הרב דהוי שאלה בבעלים ע"ש ועל זה כתב מהרי"א דאפי' לס' רש"י דס"ל דבהשאילני ואשאילך לא הוי שאלה בבעלים אפ"ה הכא דאשת ראו' נתאכסנה אצל שמעון נראים הדברים שהיתה כפופה לה שהרי היא יושבת אצלה ומוכרחת היא לעשות דבריה ודמייא למלמד תינוקות דהיכא שהוא הולך בתר דעתם אמרינן דמקרי שאול להם כיון שאינו יכול לעבור על דעתם וגם הכא הוי הכי שהיא כפופה לה שהיא יושבת אצלה ולזה פטורה אשת שמעון דלא גרע מאשקיין מיא דהוא משועבד לו בהשקאת המים וכ"ש הכא דאינה יכולה לעבור על דבורה אפילו במלאכה קשה מהשקאת המים ול"ד להשאילני ואשאילך דאינו משועבד לו לשום דבר בגופו ומעתה מה שהבין הרב מש"ל שהיתה אשת שמעון כפופה לאשת ראובן לענין עינולים פחותים אחרי בעה"ר דבריו תמוהים אי אשת שמעון היא כפופה א"כ מה מקום לומר דאשת שמעון פטורה משום שהיא משועבדת אטו אם השואל השקיים מיא להמשאיל יתכן שנאמר שפטור השואל אדרבה הוא שאול לו ולא מיקרי שאלה בבעלים אלא ודאי דכונת הדברים היא כמ"ש דאשת ראובן היא המשועבדת וכודאי דלא גרע מאשקיין מיא ולא דמי להשאילני ואשאילך וכמ"ש ודברים אלו הם פשוטים למעיין בלשון המרדכי ומהרי"א ודברי הרב מש"ל צ"ע:

ומעתה יש להרגיש על הב"י בסי' שמ"ו שנראה מדבריו דדעת המרדכי כדעת הרמב"ם ושלא א"ל דאתי גם אליבא דרש"י וכמ"ש מהרי"א אך האמת יורה דרכו דדעת המרדכי שלא כדעת רש"י וכמ"ש הב"י ומהרי"ק שורש ע"ז ענף ב' ומהרי"א עצמו לא אמרה אלא בדרך אפשר כאשר נראה מתוך דבריו ולהכי לא חש לה הב"י ודוק:

סי' ש"ז ס"ב יכולין וכו' וכן אינו מתחייב בגניבה ואבידה עד שימשוך וכו' וז"א

וכו'

וכו' עכ"ל. נ"ב כאן סתם רבינו ז"ל כדעת הרמב"ם והביא דעת הרא"ש בלשון יש אומרים ובסי' ש"נ גבי שומר שכר ס"א לא הביא דעת הרא"ש כלל ובסימן רנ"א ס"ה גבי שומר חנם הביא פלוגתא זו בלשון י"א וי"א וסברת הרמב"ם שהיא עיקר הביאה באחרונה עיין כנה"ג סימן רנ"א הגה"ט אות כ"א ועיין למוהר"ר בתשו' בית דינו של שלמה ח"מ סימן ו' וסימן ז' עש"ב:

שם ס"ג ראובן וכו' כתב הש"ך סק"א פושע וכו' ל"ד וכו' והוי כמזיק בידים דש"כ גבי קרקעות אפילו פושע פטור וכו' ע"ש עכ"ל נ"ב ולענ"ד דאין צורך דהכא מיירי שנפלו והזיקו לשמעון ושכניו כמ"ש מרן בפי' והיינו ששברו כליו וכיוצא וכזה אפי' פושע חייב דהוי גיריה דיליה וה"נ דעל היזק שבכותלים עצמם אפשר דפטור שנתמעטו מפשיעה ומ"מ הדין דין אמת כמ"ש הש"ך דגרע מפשיעה והוי כמזיק וחייב גם על הכותלים וק"ל ועיין בכנה"ג הגה"ט אות כ' ע"ש.

שם ס"ה השוכר פרה מחבירו והשאילה וכו' כתב השו"ע פי' אם עבר על ציווי ח' והשאילה לאחר ולכתב הש"ך ולאינש דחק אלא מיירי שנתן לו רשות להשאיל והכי איתא בש"ס עכ"ל נ"ב האמת דהכי איתא בש"ס דל"ש ע"א בהשיא דאותבוה ר"א בר מתל לרבי אמי ואירן שנתנו לו הבעלים רשות להשאיל ע"ש אמנם בע"כ א"ל רבא לאביי לדידי דאמינא אנא מהימן לי בשבו' שאיך לא מהימן לי ליכא לאותובה כלל ע"ש ור"ל דאפי' השאילו בלא רשות ועבר על ציווי ח' ליכא לאוקומי מתניתין דלא"ק השואל ישלם לשוכר כיון שנשבע ולר"י משום דאין הלה עושה סחורה מחזור פרה לבעלים וא"כ לדידן דקי"ל כרבא דאמר מהימן לי בשבו' וכו' מתני' מיירי אפילו בלא נתן רשות להשאיל ומה שהכריחו לשו"ע לפ"ש כן הוא משום דקי"ל דאמאי לא אמרו דין זה בש"ס ופוס' בשאר שומרים שהשאילו וכמו שהק' כן בפרישה ותירץ דבשאר שו' אם השאילו לאחר הו"ל שליחות יד ובלאו טעמא דיכול הלה עושה וכו' חייבים משום שליחות יד ע"ש ואם איתא דדין זה מיירי בנתן רשות להשאיל גם בשאר שומרים הו"ל לאשמועינן דין זה דבנתנו רשות הבעלים ליכא שליחות יד והו"ל להודיענו שמחזור לבעלים מטעמא דר"י אלא ודאי דמיירי בעבר על ציווי ח' והשאילו ומש"ה דוקא בשוכר כתבו דין זה דהו"א כיון דהוא רוצה להשתמש בה בשכרו מ"ל הוא מ"ל אחר קמ"ל טעמא דר"י דיכול הלה וכו' דאפ"ה ישלם לשואל ועיין להרמב"ם בפירוש המשנה ולהרע"ב בפ"ש ועיין בהרי"ן לומכרוזו ועיין תו' חדשים ובשושנים לדוד ע"ש שדבריו צ"ע ודוק ויותר נ"ל לגרוס בדברי שו"ע אפילו אם עבר וכו' וכיון ממש לדברי רבא דקי"ל כוותיה דא"ן להעמידה בנתן רשות אלא אפילו אם עבר וכו' מחזיר לשואל מטעם שלא יהא הלה עושה סחורה וכו' ולא מטעם שומר שמסר לשומר ודוק ועיין בס' אור חכמים בשם למליצה יע"ש:

שם בש"ך סק"ד ישלם וכו' וה"ה אם השאילו וכו' הכי אמרינן בש"ס וכ' הרא"ש דנ"מ וכו' עכ"ל נ"ב הא דהשמיטו הפוס' דין זה דגם דנ"מ לדידן כמ"ש הרא"ש עיין בספר זקן שמואל שכתב דכיון דכמה שאמרו הדין בש"ס לא קי"ל כוותיה אין דרכם להביאו גם דנ"מ לדידן בדרך הקרח וזה בכלל נלמד למ"ח עש"כ:

שם בש"ע ס"ו השוכר פרה וכו' וי"א שהוא פטור וכו' ויש מחייבים וכו' עכ"ל נ"ב הנה לפי הכלל המסור בידינו נראה דדעת מרן בס' שמחייבים מדהביאה באחרונה ויש לדקדק דבסימן ש"ס ס"ב בנכתש הבשר מאליו וסופו לחזור דפטור וזה שלא כדעת המחייבים דהכא ובשלמא לשו"ע ניחא אבל לרבי' ב"י בסימן ש"ס שחלאן וכ"ז ק' שדבריו סותרים זא"ז דכאן תפס דעת המחייבים ושם סתם כדעת הפוטרים וצ"ע וק"ל:

סי' ש"ח ס"א בהג"ה והוא הדין לעכו"ם וכו' עכ"ל נ"ב במרדכי כתוב דב"ש הוא ונ"מ להו"א וק"ל:

סי' שי"א בש"ך סק"ד נותן לו וכו' ול"נ כיון דהמחבר וכו' עכ"ל נ"ב עיין ב"י שכתב על דברי הטור טעמא דמחבר הוא עכ"ל משמע שכן דעתו ודוק:

סי' שי"ב ס"א בהגה התנה עמו שיוכל להוציאו לצורכו וכו' עכ"ל נ"ב ואפי' יורשיו אינם יכולים להוציאו כן הוא בריב"ש שם ע"ש:

שם ס"ה המשכיר וכו' בד"א בימות החמה וכו' עכ"ל נ"ב א"ה ראובן שהשכיר ביתו לשמעון בתוך ימות הגשמים ואחר שעבר ב' חדשים יצא אין בעה"ב מעכב לו כיון שהוא נכנס בימות הגשמי' עיין ברש"י שלמה סי' ע"ז עדות ביעקב סי' ע"ו נאום יצחק לבטון ס"ט:

שם ס"ט בהג"ה וכן אם שכרו לזמן קצוב וכו' עכ"ל נ"ב א"ה אם אינו פורעו שכירות ואין מידו מציל בפי תנאו נראה פשוט דיכול להוציאו תוך זמנו עיין מהרימ"ט ח"א וכן בימות הגשמים עיין פרמ"א ח"א סימן ת"כ היכ"ל ס"ט:

שם באותו סעיף והיה אהובו ונעשה שונאו וכו' עכ"ל נ"ב עיין במורם בהגה סי"ד ועיין כ"מ סימן ש"ט ובכנה"ג אות ל' ומ"ב ודוק היטב ועיין מה שכתבתי בסק"ק כן יאיר בדרושים

שם בש"ך סקט"ז בעה"ב וכו' ואעפ"י שהוא מורה מקלה וכו' עכ"ל נ"ב וכן מוכח מפרש"י ותוס' ס' דר"ח בפרק השואל דק"ג במימרא דר"ן ע"ש:

סי' שי"ג בש"ך סק"א אעפ"י וכו' ושמעתים תו' רפ' הזהב דנ"ו ע"ב ותוס' דע"ז שם ותס"ר ריש סימן ש"ח שכתבו להדיא וכו' עכ"ל נ"ב עיין בהרמב"ם רפ"ז מה' שכירות ובלח"מ שם ע"ע ודוק:

סי' שי"ד ס"א וכן אם נפחתה המעזיבה וכו' עכ"ל נ"ב ע"ל סימן קס"ד ובמהרש"ך ח"ג בנוספות סימן ו' עש"ב ועיין להב"י בסימן קס"ד מ"ש בשם הה"מ ודוק:

סי' שי"ז ס"א המשכיר בית לחבירו וכו' עכ"ל נ"ב עיין בתשו' מהר"א ן' ששון סימן ר"ח ובתשובה בעי חיי ח"מ סימן קי"ב:

סי' שכ"ג בש"ך סקי"ד וחוזר וכו' וגם נראה דהוי קנין דברים במ"ש הרמב"ם

ספ"א

ספ"ס מה' מכירה וסמ"ג דקנ"ח ע"ב וכו' עכ"ל נ"כ וכ"כ מרן ז"ל לעיל סי' ר"ג ס"א ועיין בטור סימן קנ"ז ס"ך בשם הרמ"ה ע"ש :

סי' שר"ז ס"ו פועל שאמר וכו' עיין בתשו' למהרימ"ט בח"א סימן ק"ן ועיין מ"ש שמש"ל פ"ב דשכירות דין י"ג יעו"ש ולענ"ן דדברי ר"י אינם ענין לדברי מהרי"ט דבודאי הרב מודה דלענין שכ"א יתן לחבירו בודאי הוא מוחל להם שהרי מטעם שהניח לפניהם בכר זכה להם ויכולים ליתן ול"ז וכ"א מוחל על חלקו לחבירו לפי שיד כלם שוה בו אבל לענין לאסור כ"א על חבירו בודאי לא שהרי יד כלם שוה בו ומאי חזית לאסור חלקי עלי ובהאי הוא דקא מספק הרב ז"ל אי קנה כ"א לעצמו משיגביה או משיתן לתוך פיו לענין שלא יהיה לחבירו חלק בו ולא לבעה"ב אבל מקודם ודאי דלא יכול לאסרו שהרי יד כולם שוה בו אבל אם ירצה ליתן לחבירו ודאי דרשאי ודברי ר"י ומהרי"ט הם שפה א' ודברים אחדים כ"נ ברור לע"ד ודוק :

סי' שמ"ה ס"א שאל ממנו ב' פרות וכו' עכ"ל כתב הב"י בשם הס"ת וז"ל ואם השאל למעלה נ"כ כשהשואל אומר איני יודע יהיה מחוייב שבועה וא"י לישבע וכו' וי"ל כיון שעיקר התביעה שיש לו"ליסבע שלא נגנבה הוא שמא למשאיל שאינו טוען העכ"ס בברי אעפ"י שבגילגול שבוא מגלגל וטוען שאילו מתה טוען ברי כשהשואל טוען איני יודע אינו חייב לשלם וכו' עכ"ל ע"ש באורך ;

והנה ראיתי למהרש"ך ז"ל בתשו' ח"ג סימן י"ז שהביא דברי הס"מ אלו ותמה עליהם כמה תמיהות ויען כי כבר נודע מגודל מע' הס"מ וחכמתו וגם כי חי' הס"מ לאו מדידיה אלא מדברי הראשונים ז"ל ע"כ אזרתי חיל להיות מליץ יושר בעדם מתמיהות הרב מהרש"ך ז"ל תחילת כל דבר כתב ראיתי לדקדק על דברי הס"מ שכ' וזה השאלה ע"ז שניסח וכו' והכי סו"ל וכו' ויש לתמוה בזה על הס"מ דנראה שהיא תמיהא עכ"ל :

ואני אומר דאחרי נע"ד יפה כיון הס"ת שכתב וזה השאל' ע"ז שניסח והוא כי הנה לכאורה יש לדקדק על הס"מ כי מה לו לכתוב קו' זו בסמוך לדברי רבי' והלא קו' זו היא בעצם על דברי הש"ס ולא קאי לדברי רבי' כלל ואין זה מעין מלאכתו של הס"מ כלל והתי' בזה כי הנה בש"ס יש לתרץ כמה תירוצים שתי' הראשונים ז"ל והוא כי רישא מיירי בדאיכא עדים שמתה כדרכה וכמו שכתב הרב נמקי יוסף ז"ל בפרק השואל והע"ג דאירך בבא דהשואל אומר שאולה וזה אומר שכורה ודאי בדליכא עדים שהרי מוקמינן לה בגילגול הא ל"ק דאיירי דבעי למיתני תנא בבי ר' רימס דאמרן נקט כל חד וחד כדמשכחת לה או י"ל דמאי דמוקמינן לה בגילגול ס"ד לר"ה אבל לר"ן מדין ת"מ נשבע ובפרש"י יעו"ש ומעתה בפשטא דהש"ס ליכא לאקשויי דמתני' איירי בדליכא עדים שמתה כדרכה וסיפא דליכא עדים או דסיפא נמי בדאיכא עדים ולא מוקמינן לה בגילגול אלא לר"ה אבל לר"ן לא ·

אמנם לדברי רבי' קשייא שפיר דאי ס"ל דרישא בדאיכא עדים וסיפא בדליכא עדים

הי"ל לרבי' לפרש דמאי דקאמר בתחילת הדין היינו בעדים ואם לא יש עדים ישבע ע"י גילגול בכולם מתני' ולא בסיפא דוקא ואם סיפא נמי מיירי בדאיכא עדים א"כ איך משביעו שכדרכה מתה ומגלגל עליו דשא איכא עדים דמתה כדרכה וא"ל דבש"ס דוקא לר"ה דרבי' אינו מפרש כן כרש"י שהרי כתב שמגלגל ולרבי' שפסק כר"ן הול"ל דוקא נשבע מדין ת"מ ובדאיכא עסק שבועה וא"כ יש לשאול למה ברישא ל"א שמגלגל ולריכים אנו לתירוץ הס"מ ליישב דבריו ומעתה נתיישבו דברי הס"מ שלא כתב הנוסח כדברי מהרש"ך דבשלמא בש"ס יש ליישב ובמ"ש ולדעת רבי' יש לשאול :

עוד כתב מהרש"ך וראה דיש עוד לתמוה על דברי הס"מ וכו' דמי הגיד לו דמתניתין מיירי בטוען שמא דאדרבא אם באנו לדייק ממתניתין נראה דהמשאיל קי"ל נמי דכדרכה מתה ואינם חולקים רק אם שכורה או שאולה א"כ אכתי איכא לאקשויי דאמאי דחיק לאוקומי בש"ס אוקמתא דדחיק לוקמא בטענה ע"י גילגול והמשאיל טוען שאולה נגנבה והלה טוען דכדרכה מתה ואיני יודע אם שאולה אם שכורה ובש"נ איכא לאישתבועי ע"י גלגול עכ"ל

והנה לכאורה דברי מהרש"ך בזה תמוהים הרא דמתחילה כתב דאם באנו לדייק ממתני' נראה דהמשאיל בריא ליה דכדרכה מתה ואם כן מה מקשה אח"כ דלוקמא בטוען השואל שאולה נגנבה דמדיוקא דמתני' נראה להיפך וכמ"ש הוא ז"ל ועוד מה זה שכתב דלוקמא בטוען המשאיל שאולה נגנבה שלא ליסנא דמתני' לספק דיודע שמשאיל דמתה ולא נגנבה ולזה יש לתרץ בפשיטות דכונתו דלוקמא בטוען בריא שלא כדרכה מתה אלא ע"י גניבה או פשיעה אמנם קמייתא קשייא ולתרץ דבריו לריכין אנו לומר דשכין כונתו דהנה הס"מ כתב דהמשאיל טוען שמא וע"ז כתב דאדרבא אם באנו לדייק ממתני' נראה דהמשאיל יודע שמתה כדרכה ואינו מסופק אבל לדברי הס"ת דלא חשיב ליה הך דיוקא ומוקי מתניתין באינו יודע המשאיל אם בדרכה אם לאו לדידיה ק' לוקמא בטוען בריא כיון דלא חייש ריוקא דמתני' דאי חייש גם בשמא לא מיתקומא ויש ליישב דדעת הס"מ דבשלמא בשאינו יודע אם מתה כדרכה אם לאו שפיר קא טעין דשאולה מתה דר"ל דאפי' תכריד שמתה כדרכה אפ"ה אתה חייב דשאולה מתה אבל אם נאמר דבריא ליה דנגנבה א"כ מה לו לטעון דשאולה מתה מ"ל שאלה מ"ל שכירות הא קי"ל דמתה שלא כדרכה וחייב בה כן שאולה כן שכורה וא"ל דהמשאיל טוען שאולה מתה בשביל שיאמר השוכר א"י ומרוית בזה דאמרינן ליה משאיל"מ דהא ליתא דכשהמשאיל מתפי' טוען שאולה מתה אכתי לא ידע דהשוכר א"י אם שכורה אם שאולה ועי"ל דדעת הס"מ דכשטוען המשאיל בברי דשלא כדרכה מתה א"כ ליכא שבו' דאורייתא דלא חייבה תורה אלא כשהמשאיל טוען שמא אבל כשטוען בריא ליכא שבו' דאורייתא' וליכא גלגול וכמ"ש הש"ך סימן פר"ס סק"ד ע"ש :

עוד כתב הרב מהרש"ך ז"ל ותו איכא לאקשויי על דברי הס"מ דכיון דהמשאיל טוען שמא מה מקום יש להשביע לשואל דהא קי"ל אין נשבעין

על

על טענת שמא שהרי כתב הנמק"י דלא דמי הך שבועה לשבועת השומרים וכו' דנהי שומרים זמנין דפשע ואמר אונס הוא וכו' עכ"ל והנה בתמיהם זאת אחרי כע"ר אינני מבין כונתו כלל כי הנה באי טעמא דשמא שכ' הה"מ היא שהמשאיל טוען שמא נגנבם והיא גופה שבועת השומרים שחייבם תורה על טענת שמא דמשאיל ומה מקום לומר ע"ז דקי"ל אין נשבעין על טענת שמא דהיא דיוקא כשאינה שבו' השומרים ושבו' השותפין והנמק"י שכתב דל"ד לשבו' השומרים וכו' הוא ליתן טעם למה אינו נשבע כשהמשאיל או' א"י אם שאולה אם שכורה ועל זה כתב דל"ד לשבו' השומרים וכו' אבל זה שכ' הה"מ הוא על עיקר שבו' השומרים שהיא באה על קשמא ונשבעין ומגלגלין מ"מ כיון דכשבו' הגילגול השואל טוען איני יודע לא אמרינן בזה משאיל"מ סוף דבר שדברי הרב בזה תמוהים הם בעיני וכודאי הנמור אני או' שאין זה מדברי הרב הלא שאיזה ת"ט כתבו ול"ע :

והנה ראיתי להרב לח"מ שתמה על תי' הרב הה"מ וכוא כיון דלפי דברי הה"מ מתני' באינו מאמינו דכדרכה מתה א"כ ק"ל מציעתא דהנשבע טוען ודאי אמאי פטור לישבע על ידי גילגול דאין לומר דהני מפרשים וה"מ ס"ל דאין מגלגלין על טענת שמא של התובע דליתא וכמ"ש בפ"א מהל' טוען ועו"ש עכ"ד. ואני או' דאם"מ השמטתיקים להרב דברי התו' והרא"ש בפ' השואל שתי' רישא דמתני' דהנשבע טוען שמא אמאי דלא קאמר דלישבע ע"י גלגול ומשאיל"מ היינו משום דהנשבע אינו טוען ודאי ונמרינן מסוטה וא"כ בתבו אבל מציעתא ק' דהנשבע טוען ודאי ותי' דמיירי במאמינו וכו' דכסיפא דמשאיל רואה שהשוכר משקר אין רגיל להאמינו אבל במציעתא רגיל הוא להאמינו כיון שהוא אינו יודע אם משקר אם לאו ע"ש מוכח בהדיא דכשהמשאיל טוען ברי אין רגיל להאמינו וא"כ רישא ודאי לאו במאמינו וכ"כ בהדיא הרא"ש ז"ל בסו"ד דאכתי צריכים אנו לתי' קמא דהנשבע אינו טוען ודאי לתרוצי רישא ע"ש משמע ודאי דתירוצא דמיירי במאמינו א"א לאוקומי רישא ביה וא"כ ודאי דגם הני מפרשים והה"מ דמוקמי לרישא באינו מאמינו מ"מ במציעתא מודו דמיירי במאמינו ואדרבא אני או' שיש מקום לומר דהני מפרשים והה"מ הם דברי התו' ומ"ש הה"מ בתחי' דבריו כיון שעיקר התביעה היא שמא למשאיל גם דעת התו' כן וכמו שאבאר לקמן בעז"ה ודוק :

ועיקר טעמ' דהתו' שכת' דמיירי במאמינו דמת' כדרכה היינו כיון דבעי תנא למינקט ד' דינים דהיינו חיובו דשואל בממון או בשבועה או פיטורו גם משבו' או יחלוקו ואם נקט מציעתא גם במאמינו וחייב שבו' ע"י גלגול א"כ היינו סיפא דחייב שבו' ע"י גלגול ומוכרח למינקטיה במאמינו להשמועינן דינא דפטורא ואי איירי גם במאמינו ששכורה מתה א"כ לא הוי חידושא כלל כיון שאין בין השואל והמשאיל שום מחלוקת והוא מאמינו בכל דבריו אלא ע"כ דמיירי במאמינו דמתה כדרכה כיון שהתובע טוען שמא ואינו רואה שום סכחשה בדבריו ופשעה ושליחות יד לא שכיחי משום הכי מאמינו שמתה כדרכה אבל בטוען שכורה מתה אינו מאמינו דמיתה שכיחא בשאולה כמו בשכורה ועיין בשו' מקו':

ומה שהוצרכתי להאריך בזה הוא מפני שראיתי לסמ"ע ז"ל ח"ב סימן ע"ב שהקשה על דברי התו' דאי איירי במאמינו גם בשכורה מתה מאמינו ואי איירי במאמינו נ"כ ששכורה מתה א"כ מדברי ר"י וכו' עש"ב ואחרי כע"ר דברי התו' ברורים כמ"ש ומ"ש ואי מיירו במאמינו נ"כ בשכורה מתה א"כ מדברי ר"י וכו' אין מקום לדבריו כלל דאי איירי במאמינו בכל דבריו א"כ אין ביניהם שום מחלוקת כלל ומה צורך לו' דפטור כיון שאין המשאיל טוענו כלום שום טענה ואין זה חלוקה ודברים פשוטי' הם וק"ל :

ונראה מדברי התוס' כמ"ש משמיה דר"י דאין מגלגלין שא כשהנשבע טוען ודאי אבל אם טוען הנשבע איני יודע אין מגלגלין משמע דס"ל דבשבועה ע"י גלגול אם טוען הנשבע א"י לא אמרינן משאיל"מ כיון שאין כאן דין גלגול כלל דהרי הוא טוען שמא א"כ יש להבין מה היא כונת הרא"ש שכתב דברי התוס' ומלינו נמי למרחי דל"ה בשבועה ע"י גלגול משאיל"מ וכו' הלא לפי הנר' הם הם דברי התוס' דכשהנשבע טוען שמא אין מגלגלין וממילא ודאי דלא אמרינן בה מתוך שאיל"מ כיון שאין כאן שבועה כלל :

אשר ע"כ הדבר ברור לו' דכונת הרא"ש היא לו' דמדברי התו' נראה דכשהתובע טוען שמא אין כאן גילגול כלל ואף אם רוצה לגלגל עליו שישבע שא"י אפ"ה אין כאן גלגול וע"ז כ' הרא"ש דמלינו נמי למרחי דל"א בשבו' ע"י גלגול משאיל"מ אבל מ"מ יש כאן דין גלגול אם רוצה להשביעו שאינו יודע אבל שנאמר בה משאיל"מ שא ודאי ליתא וזה מוסכם לתירוציסו דהתו' כמכ"ש לדידהו אין כאן דין גלגול וכס' הרא"ש היא דעת רבו' בפו' המשניות יע"ש וכן היא דעת הרמב"ן שכתב על דברי הראב"ד דס"ל דאין כאן שבו' בגלגול כתב עליו ומ"מ חייב לישבע שאינו יודע. ומזה תבין שמ"ש הטור בסימן ע"ה דדעת הרא"ש היא כבעה"ת ודלא כהרמ"ה הוא כין לתי' קמא כין לתי' בתרא ואדרבא יש לדייק יותר שכיון לתירוץ קמא שהרי הבעה"ת כתב וישבע היסת על הגילגולין ובשלמא לתי' קמא ניחא שפיר שאין עליו אלא היסת ולא שבהא"ו ואפי' ע"י גלגול דאין מגלגלין כשהנשבע טוען שמא אבל לתי' בתרא אף שאינו כאמת כדעת הרמ"ה מ"מ גם כדברי בעה"ת אינו דסא לדעת הרא"ש יש לו דין גילגול לישבע שאינו יודע ולבעה"ת ליכא גלגול כלל אלא היסת אלא שהטור ז"ל מחמת דלא נחית לזה הכא אלא לאפוקי מס' הרמ"ה דס"ל דכשבו' בגלגול אמרינן משאיל"מ כתב דדעת הרא"ש כס' הראשונה :

ועפ"י הלעם זו אני תמיה על הגה"ת דקס"ו שהביא דברי הטור דסימן ע"ה וכתב דאינו יודע טעם לדברי הטור שכתב דהרא"ש סובר כבעה"ת דהא תי' ב' שכתב הרא"ש בדרך דחייה קאמר ואינו בדרך שינוייא ומהיכן הכריח הטור שהרא"ש כתב כס' הראשונה ואם כך סבר הי"ל לפרש בההיא דב' עבדים דדוקא אפסות חייב ולא העבדים

אעבדים ואדרבה נראה שהוא מוכרח דבמסקנא לא סבר הכי דמסיק שמעינן מהך דאין מגלגלין בטענת שמא לנשבע והל"ע יעו"ש ואחרי נשיקות עפר תמהני על גודל חכמתו דהר' שדעתו דלתי' קמא דהרא"ש שכתב משם התו' אמרינן בשבו' הבאה ע"י גילגול ומשאיל"מ ודוקא לתי' ב' של הרא"ש דחדית לן האי חידושא דבשבו' ע"י גלגול ל"א משאיל"מ ובמעיין היטב יראה ברור דגם לדעת התו' דינא הכי וכש' בעה"ת אלא דלהרא"ש מגלגלין שבו' א"י ולדברי התו' אין מגלגלין כלל ומעתה מ"ש הטור דהרא"ש כתב בש' הא' היינו בין כתי' קמא בין כתי' בתרא ומוכח הדבר לאוקימה כדברי הה"מ ומן התימא על הרב כ"ת שכתב ואם כך סבר היל"ל לפרש בההיא דב' עבדים כש' המאור וכו' וליטעמיך אי סבר הרא"ש כתירוץ קמא דהתו' מי ניחא והלא גם ע"ז ק' מההיא דב' עבדים ומוכרח לו' כדברי המאור :

ואולם לפי חומר הנושא אפשר היה ליישב דברי התו' והרא"ש מההיא דב' עבדים שהק' מהרח"ש ז"ל ובהכי אפשר שיתיישבו קצת דברי הנר"ת והוא דלא כתבו התו' והרא"ש דכשהנתבע טוען שמא אין מגלגלין אלא היכא שעיקר הטענ' שטוען המשאיל הוא שמא כגון הכא אינו יודע בבירור שמתה כדרכה והוי דומיא דסוטה ממש דהבעל טוען שמא אבל אה"נ היכא שעיקר טענת המשאיל היא ברי אף דהנתבע טוען שמא בגילגול מגלגלין ואמרינן משאיל"מ וכדברי הה"מ ומעתה ל"ק מההיא דב' עבדים דהתם שאני שעיקר השביעה שטוען התובע היא ברורה דגדול לקח וכבי הא אף דהנתבע טוען שמא לית לן בה ומגלגלין דלא אמרינן אלא דומיא דסוטה שעיקר השביעה היא שמא :

האמנם כמה שהו' הרא"ש כתי' ב' לא יוצדק כ"ז דנראה דס"ל דבהשם שבו' הבאה ע"י גלגול ל"א משאיל"מ וע"ז ק' שפיר מההיא דב' עבדים ונעתה כגדון הרמ"ה שהביא הטור בסימן ע"ה דעיקר הטענה דתובע היא ברייא שאפשר שגם התו' והרא"ש יודו דאמרינן בגלגול משאיל"מ אף דהנתבע טוען שמא וכההיא דב' עבדים אמנם מתי' השני של הרא"ש שכתב דל"א בשבועה ע"י גלגול משאיל"מ זה ברור דלא כהרמ"ה דהר' דדעת הרא"ש דוקא בין ידענא ובין לא ידענא אמרינן משאיל"מ אבל ע"י גילגול לא החמירה תורה ול"א משאיל"מ ואפי' בשעיקר הטענה היא ברייא ובהכי אשכחנא לה פתרי לדברי הרב כנ"ת דכוונתו להק' דמנ"ל להטור דדעת הרא"ש כתי' בתרא דהא שפיר י"ל דסבר כהרמ"ה היכא דעיקר הטענה היא בבריא וכמש"ל והי' הכ' כדרך דחיה וע"ז ק' מב' עבדים ואם דעתו כהמאור הו"ל לבאר אמנם האמת יורה דרכו שלא כיון הרב לזה דהם כיון לזה מאד מאד קיצר הרב במקום שהי"ל להאריך והוא דרך חידה מת"ש והדבר צ"ע ודוק :

ואם כנים אנחנו בכונת התו' אפשר ליישב מ"ש רי"ו בכ"ג ח"ה דברי התו' דדוקא בשנתבע טוען בריא יעו"ש ובאותו פרק ובאותו מקום הביא ההיא דעבדים וכתב דמכאן מביאין ראיה דאפילו בשבועת הגלגול אמרינן משאיל"מ ותמה עליו מהרח"ש ז"ל סימן הנז' דדבריו סתראי נינהו יעו"ש ולפמ"ש אפשר היה ליישב קצת דרי"ו הבין כונת התו' דלא אמרום אלא כגון משנתינו שהתובע טוען שמא אבל כשהתובע טוען בריא שפיר יש ראיה מההיא דב' עבדים דגם בגלגול אמרינן משאיל"מ וכמ"ש ולע"ד יש מקום לו' שגם הה"מ העתיק כן מדברי התו' והוא ביאור הדברים ככונתם דל"ת להו מההיא דעבדים וכמש"ל וק"ל :

האמנם הרב הנמק"י ז"ל ס"ל דגם בשבו' ע"י גלגול אמרי' משאיל"מ והביא ראיה מההיא דב' עבדים שזכרנו לעיל והוא דתנן לקמן ב' עבדים אחד גדול ואחד קטן לוקח או' גדול לקחתי והלה או' א"י זכה בגדול והא ודאי לר"ן דהאמה פטור בשאו' א"י ע"כ צריכים אנו לאוקומי מתני' בעסק שבועה והיכי משכחת לה אלא ע"כ בשטוענו עבד בכסותו. וכדאוקי רב הושעיא וכיון דמודי ליה בחד עבד ובחד כסות מחייב שבו' אכסות האחרת שאין מודה לו ואעבד ע"י גלגול ומשאיל"מ וכן הסכימו האחרונים דמשאיל"מ אמרינן אפי' אגלגול עכ"ד. וגם הראב"ד הובאו דבריו בשמ"ק לרב"ן חשב מתחילה דלא אמרינן בגלגול משאיל"מ ושוב חזר מההיא דב' עבדים וגם הרב המאור דס"ל דל"א משאיל"מ ק"ל משני עבדים ואוקמה דזכה בכסות גדול דוקא וכתב דכדבריו כת' הבעה"ת של"ח יעו"ש והרמב"ן במלחמות דחה דברי המאור יעו"ש גם הר"ן הביא ראיה זו דב' עבדים יעויין בש"מ שם :

וראיתי להמח"א ז"ל בהגהותיו פ"ג דשאלה שהביא דברי הנמק"י הללו במה שהביא ראיה מב' עבדים וכתב עליו לא הבנתי זה דהתם שאני דבעיקר השבו' אינו יכול לישבע עכ"ל ובודאי שכונתו ברורה לו' דהתם שאני כיון שבכסות אית ביה דינא דמחוייב שבו' ואיל"מ גם בגלגול אמרי' כן אבל הכא דבעיקר השבועה יכול לישבע אלא שבגלגול הוא מסופק אז ל"א ביה משאיל"מ ואני או' דאחרי נשיקת עפ"ר אין זה בדאי לדחות דברי הראשו' ז"ל דאדרבה הס' היא להפך דבמקום דאיכא עליה חיוב שבו' דאו' וגלגול שבו' מדאו' יש מקום לו' דדיינינן בגילגול דין מתוך אבל היכא שמן התור' ליכא חיוב שבו' כלל אלא שמשלם אז ליכא מדאורייתא דין גלגול כלל וכמ"ש הרא"ש בתשו' הובאה בטח"מ סימן ל"ר סי"א ועי"ש בב"י ובש"ע ואף לפ' הב"ח והסמ"ע שם נשבע עליהם מדרבנן ולא דיינינן להו משאיל"מ דבדרבנן ל"א משאיל"מ וכמבואר סימן ע"ס ועם שהדבר ברור כמ"ש כיון שמצינו שכל הראשונים ז"ל הביאו ראיה זו ואפי' החולקים נדחקו ליישבה וכמ"ש המאור ובעה"ת מבואר שהדבר דלא ס"ל לחלק כחילוק המח"א ז"ל ודברים ברורים הם

ואולם אנכי עפר ואפר בער ולא אדע מאי ראיה מייתו הראשונים ז"ל מההיא דב' עבדים דהא איכא לאוקומי שפיר לר"ן כדאיכא עסק שבו' ביניהם וס"ל כרב דמוקי מתני' כדמי עבד גדול ודמי עבד קטן והוי ממש כעין חמשים ידענא וחמשים לא ידענא דמדין מ"מ חייב שבו' ועל הנ' אמרינן משאיל"מ. ובשלמא לשמואל ליכא לאוקומי דהא בש"ס פריך לה דמודי כסות קתני עבד קתני אבל לרב לא פריך מידי א"כ משמע דליכא עליה שום פירכא וא"כ נימא דר"ן סבר כרב ולעולם אימא

לך

לך בשבו' הגלגול ל"א משאיל"מ והנה אמת דלענין דינא וקושר המשיב אין בידי להשיב חי' מרווח ע"ז אבל צריכים אנו לידחק ולו' דודאי שמואל כיון דפליג עליה דרב והוקמה בכסות משמע דיותר ניחא לאוקומי מתני' בכסות ולא בדמי והש"ס דקא פריך אל ס"ק אפי' לדידך לא ניחא דמיירי בקות קתני ולהכי אמרינן דודאי ר"ן מוקי מתני' בדבי אושעיא בדמי לא ניחא לן לאוקומי דהא לא ניחא ליה לשמואל ובכסות לא ניחא ליה לר"א ומוכרח שנאמר בדבי אושעיא ס"ל ומ"מ לא ידעתי אמאי הוצרכו רב המאור ובעה"ת לדחוקי בפשטיה ולו' דזכה בגדול היינו כסות גדול כי הוא דוחק מפורסם כי לע"ד יותר יש סברא לו' דר"ן קאי בשי' רב ול"א מחוך על שבו' הגלגול משנאמר דזכה בגדול היינו כסות ולא עבד והדבר צ"ע.

עוד יש לדקדק על דברי הנמוק"י במה שכתב ראיה מההיא דב' עבדים דמאי ראיה מייתי הא י"ל דשאני התם דעיקר השבועה שמתחייבתו שבועה היא טענת ברי ומש"ה אמרינן בגלגולה משאיל"מ אבל במתני' דעיקר השבועה המחייבתו שבועה היא שמא ל"א בגלגולה משאיל"מ וכמש"ל ויש ליישב בזה דדעת הנמק"י היא דכיון דעיקר הטענה המחייבתו שבועה הכא היא שבו' השומרים ומן התורה אין נשבעין על טענת ספק של התובע אלא בשבו' השומרים בלבד א"כ התורה עשתה ספק שלו כודאי וא"כ הוי דומה ממש להיא דב' עבדים שהרי שבו' השומרים ספקה כודאה וכדכתיבנא אמנם היכא דטענת הגלגול שמא לא הוי דומה לב' עבדים דהתם בעבד טוענו ודאי אבל הכא טוענו איני יודע אם שאולה אם שכורה דהוי ספיקא ול"ד האי טענה לשבו' השומרים שעשה ספיקו כודאי דהתם שאני דמורי איתא וכמ"ש הנימוק"י במתני' יע"ש וק"ל:

עוד יש לדקדק לכאורה ע"ד הנמוק"י ז"ל במה שכתב ראיה לדבריו מסיפא דמתני' דזה א' איני יודע וזה אומר א"י יחלוקו ואם איתא לישתבע ע"י גלגול ומשאיל"מ אלא ודאי דבשטוענו שמא ל"א משאיל"מ יעו"ש והדבר ק' דהא איהו ז"ל מוקי למתני' בדאיכא עדים שמתה כדרכה וכמ"ש בתחילת דבריו וא"כ היכי מוכח מסיפא מדלא מישתבע ע"י גלגול הא א"א לשבועו כיון דאיכא עדים:

והנראה ברור דודאי צריכים אנו לו' דתרתי בבי דסיפא מיירי בדליכא עדים דהא בש"ס מוקי לה לההיא דסיפא דזה א' שאולה וזה או' שכורה דישבע ע"י גלגול ומוכרח הדבר לומר דליכא עדים דאי איכא עדים מאי שייך לו' אישתבע לי דכדרכה מתה אלא ודאי דליכא עדים וטעמא דנקט הכי משום דבעי תנא למיתני ארבעה דינים שהם פטור וחייב ממון וישבע ויחלוקו וליכא למימר רישא ומציעתא בדאיכא עדים וסיפא בדליכא עדים וסיפא דסיפא בדאיכא עדים דהא ודאי אין זה מדרך התנא כלל אלא ודאו דתרי בבי בדאיכא עדים ותרי בבי בתראי בדליכא עדים וזהו דעת הנמוק"י ולהכי מכריח שפיר מסיפא דסיפא דבודאי איירי בדליכא עדים דומיא דסיפא ואם איתא לישתבע על ידי גלגול אלא ודאי מוכרחים אנו לו' דהתם שאני דטענין תובע שמא וכל אלו דברים ברורים הם לע"ד וכתבתי כ"ז לפי מה שראיתי לסה"ג מהרח"ש בח"מ סי' ע"ג הנ' ולהרב לח"מ פ"ג דשאלה שתמהו ע"ד הנימוק"י ז"ל דמאי מוכח מסיפא הלא איהו ז"ל מוקי למתני' בדאיכא עדים שמתה כדרכה והנ"ע יעו"ש ואחרי בע"ר כונת הנימוק"י ברורה וכמ"ש ודוק:

עוד יש להרגיש על דברי הנמוק"י במ"ש ומיהו הנ"מ בגלגול הבא מטענת ברי אבל בגלגול הבא מחמת שמא ל"א משאיל"מ ולכאורה כונתו לו' דכי אמרי' משאיל"מ דוקא כעין ההיא דב' עבדים דהלוקח שהוא התובע או' ברי גדול לקחתי אז אמרי' בגלגול משאיל"מ אבל היכא דעיקר טענת התובע בשמא ל"א בגלגול שלה משאיל"מ ואם אמת שכיון לזה הדבר ק' דא"כ איצטריך ליה להרב לו' דמתני' בדאיכא עדים שמתה כדרכה הא בלא"ה כיון שעיקר טענת המשאיל שמא שהוא לא ידע בבירור שמתה בפשיעה א"כ אף אם לא גילגל עליה ל"א בשבועת הגלגול משאיל"מ כיון דהגלגול בא מכח טענת שמא והן כעין דווקא בההיא דב' עבדים דהגלגול בא מכח טענת ברי וכמ"ש בשם האחרונים ז"ל אבל הדבר ברור שכונת הנמק"י דדוקא בטענת הגלגול עצמה היא טענת ברי אז אמרינן בה משאיל"מ אבל בטענת הגלגול היא שטוען התובע שמא אז ל"א משאיל"מ אבל הא"ן בעיקר השבועה המחייבתו שבו' לא שאני לן בין אם היא ברי בין אם היא שמא וכן מוכח בבירור מראיה דמייתי מסיפא וזה פשוט:

ואף כאן ראיתי להרב מהרש"ך ז"ל שכתב ע"ד הנימוק"י ותימא דאם איתא דהך שמעתא דידן ס"ל דאף בגלגולין אמרי' משאיל"מ וס"ל דשכי היכא לאוקומי מהשתא מתני' דב' עבדים הוה עדיף טפי לאוקומי מתני' דמיירי דמשאיל תובע ברי שנגנבה ונאבדה הפרה שאולה והשואל טוען ברי שמתה כדרכה וא"י אם שכורה או שאולה דאשתא היכא משאיל"מ על הגילגולין וכו' עכ"ל:

ואני אומר דאחרי בע"ר אין כאן תימא כלל דהא כבר כתב הנימוק"י ז"ל דדיוקא דמתני' דגם המשאיל יודע בבירור דמתה כדרכה ובפרט לפי הגירסא שכתב דמשמע ודאי שהוא ברור שמתה כדרכה וא"כ איך אפשר לאוקומי מתני' בטוען המשאיל ברי שנגנבה או נאבדה ועוד שכבר כתבנו לעיל דעיקר שבו' התורה היא דוקא בטוען המשאיל שמא ולא בטוען ברי וכמ"ש הש"ך סי' ע"כ ומעתה דברי הנימוק"י ברורים וקיימים ודוק:

ונחזור לדברי מרן ז"ל במ"ש בסי' שד"ם ואם לא היתה שם ראיה בזמן שהמשאיל טוען ודאי ישבע השומר שכורה מתה או שא"י ובזמן שהמשאיל טוען א"י ישבע השומר שבו' השומרים שמתה כדרכה וע"י גלגול ישבע השוכר שכורה מתה או שא"י וה"ה זה או' שכורה וז"א שאולה או ז"א א"י וז"א א"י ע"כ: הנה מרן ז"ל תפס השיטה דלא כהרא"ש והטו' בפ' השואל דס"ל דאין מגלגלין אלא כשהתובע טוען ודאי וגם אין מגלגלין כשהתובע טוען שמא אלא בדאיכא רגלים לדבר ואיהו ז"ל ס"ל דבין הכי ובין הכי מגלגלין כמו שנראה ברור מדבריו וכמ"ש הסמ"ע וכתב עוד הסמ"ע דברישא מיירי שמאמין השואל למשאיל דכדרכה מתה דאז אין שייך גלגול

גלגול

גלגול והשמועינן הותא דאע"ג דהמשאיל טוען ודאי אפ"ה כהיסת שישבע נפטר וכ"ש כשהמשאיל טוען שמא או שהניהם טוענים שמא וכו' וכונתו לומר דכשהמשאיל טוען שמא אין ספק דנפטר בשבועת היסת וכגון שנתחייב לו שבו' היסת ממ"א ומגלגל עליו ג"כ זאת השבו' דמגלגלין בשמא וכמ"ש בסי' צ"ד יעו"ש וכש"ך אמנם הדבר ברור דעל טענה זאת לבדה המשאיל טוען שמא אין מקום להשביעו שבו' היסת דקי"ל דאין נשבעין היסת בטענת שמא אבל ע"י גלגול ודא נשבעין היסת ואף שאין בטענת בתובע רגלים להד' דהא לא ס"ל למרן כהתו' והרא"ש:

ומעתה מה שהקשה הש"ך ע"ד השמ"ע מהא דקי"ל אין נשבעין על טענת שמא לק"מ אחרי בע"ד ודברי השמ"ע הם ממש כדברי הש"ך דרישא איור כמאמינו ומשום הכי נשבע היסת בלא גלגול וכודאי דגם הש"ך מודה דנשבע היסת ע"י גלגול ויכא שהמשאיל טוען שמא וכמ"ש אך דברי מרן בב"ן שכתב ישבע השומר על השבורה שמתה או שא"י יהיינו שבועת היסת ק"ט דהא קי"ל דאין נשבעין על טענת ספק ולע"ד הדבר ברור שמרן חזר בו מלש בב"מ וכתב בב"ה דר"ל ע"י גלגול יעו"ש אך ורב ש"ך הבין בכונת מרן בב"מ דהאי ג' חלוקות ר"ל דשאל א' ושכר א' או שכרם חצי היום ושאלה חצי היום או היום ולמחר ולעולם דכולהו המשאיל טוען ודאי ע"ש ואני או' אחרי בפיקת עפ"ר אין נראים כן הדברים שהרי כ' רבי' ושבע השומר על השבורה שמתה או שא"י ומדכתב ושבע על השבורה שמתה משמע שטוען על השבורה שמתה והלא טוע שמא וכמ"ש בתוי' או שא"י והלא טוען ברוא וא"כ ז"א לו' דקאי המשאיל טוען בריא דוקא דמרכתב ישבע שבורה מתה נראה ברור דהמשאיל טוען שמא דא"ל דגם המשאיל טוען בריא דכברי' וברוה לא קו עסיק רבי' וכודאי הנמור דקעי' כמ"ש בבד"ס והכוי הש"ך כפי' בונת בב"מ אחרי בע"ד הם רחוקים כמו שיראה המעיין וק"ל:

וכתב בלבוש בסימן שד"ס וה"ה אם זה או' שאו' נהה ופשעת בה וז"א שבורה ולא פשעתי בה או ז"א וי"ו איזו מחה וז"א א"י איזו מהם וטוען המשאיל ברור לי שפשעת ועכ"פ אהם חייב לי ואעפ"י שהשוכר טען א"י איזו מתה מכל מקום צריך לישבע שלא פשע בה ומגלגלין עליו שא"י אם טוען שמא שאם גם בפשיע' טוען א"י פשיעה דזה הוי משא"מ עכ"ל נואה ברור מדבריו אלא דכשוטען ברי לי שלא פשעתי אבל א"י איזו מתה ל"א משאיל"מ אלא נשבע שא"י ג"י גלגול דאלת"ה מאי חילוק מחק הרב בין טוען איזו מתה לטוען א"י אם פשעתי דהא בכולהו אמרינן משאיל"מ:

אנם בסי' שמ"ה כתב הרב דגם בטוען א"י איזו מחה כיון דהתובע טוען בריא אמרינן משאיל"מ ונתב בסו"ד ומ"ש למעלה וה"ה וכו' ומגלגלין וכו' דין גלגול קאמינה אבל איכו נשבע בטענת שמא אלא משאיל"מ עכ"ל ולפי דבריו אלה לא כולהי לבלוס מ"ש בסימן שד"ס שאם גם בפשיעה טוען א"י הו"ל משאיל"מ וכו' דלפ"ז אבל א' ואין בינים במלא נימא דגם בא"י איזו מתה הו"ל משאיל"מ

ומה שפרש יש ביניהם ולכאורה צ"ע:

וראיתי להש"ך ז"ל בסק"ד שכתב וז"ל כזמן שהמשאיל טוענו ודאי וכו' כע"ש בסי' זה וסימן במ"ה כתב דהיינו שטוענו ודאי פשעת וכו' ואחרי בע"ד לא כתב הע"ש ע"ז אלא בסיפא ע"ז או' א"יוו"א א"י ע"ש אבל עמ"ש וכזמן שהמשאיל טוענו ודאי היינו ודאי שאולה מתה ואיירי במאמינו ונשבע היסת וכמו שפירש הש"ך לעיל וכודאי אני או' שע"ש נפל בספרים ועמ"ש מרן ז"א א"י וה"א א"י כתב הש"ך דהיינו שטוענו ודאי פשעת כמו שמבואר בדברי הע"ש יעו"ש ופשוט:

והנה ראיתי להמ"ז בח"ב סימן ע"ב שהקשה במה קו' בדברי התו' דסוגייא זו ועם שאין משיבין אח אחרי מ"מ חורה היא להיות מלי"ן יושר בעד רבו' בעלי התו' יען נודע מגודל חכמתם וז"ל תחי' הקשה במ"ש התו' בד"ה ביום שהיתה שאולה וכו' וי"ל דאין זה מיגו דאין אדם עושה עלמו ברלון מסופק כי אז נראה שנתחייב או' אמת שטוען בריא וסוא או' א"י ע"כ וק' דניחא בשטוען טוען ודאי כי אין בו מגו שלא לגלגל אבל ק' דא"כ במתני' דהשוכר טוען ודאי ששבורה מתה והמשאיל או' אנ"י יהא נאמן ולא יגלגלו עליו מיגו שהיה יכול לו' אנ"י שהרי התובע איכו טוען ודאי כדי שנאמר שאינו יכול לומר א"י שנראה שהתובע או' אמת שהרי כתבו התו' שמיירי במאמינו שא"ל חייב שבו' בגילגול עכ"ל ואחרי בע"ד לק"מ דהא אין זה מיגו דהא כשטוען א"י הדרבא גרע טפי דהוי בסיפא דמתני' דיתלוקו ואף דלפי האמת לסברת רבנן דס"ל דכשניהם טוענים שמא הדין דהמע"ה וא"כ אכתי הוי מיגו טוב דפטר עלמו מכלום מ"מ מאי דדייקי התו' דבמליעתא אם לא מאמינו היה ביה גלגול ול"ה מיגו היינו למאי דקתם תנא במתני' כסומכוס אבל אה"כ דלרבנן דאין במליעתא דין גלגול כיון דאית ליה מגו דא"י וליכא למימר דסיפא דמתני' כמאמינו אבל כשאינו מאמינו יש לו דין שבועת הגלגול וא"כ במליעתא היכא שאינו מאמינו עדיין ק' היכי משתבע ע"י גלגול הרי אית ליה מגו דא"י ומה שתירץ הרב ז"ל דהנתבע טוען תחי' לע"ד אין לורך דהדבר ברור כדכתיבנא ומה שהביא ראיה לדבריו מדברי התו' דלקמן צ"ע דהרי חשבינן ליה בריא טוב שהיה יכול להכחישו אלא שאח"כ אמר איני יודע הרי דהתובע טוען תחילה וכמה שהק' התו' דיהא נאמן במגו דהוי בעי אמר א"י הק' הרב עין יוסף דהא גם אי טעין אנ"י חייב כדקתני רישא ותי' ע"ש ולק"מ דהא רישא דמתני' דחייב היינו בשיש עסק שבו' דוקא אבל בלא עסק שבו' פטור וגם גלגול לא שייך דהנתבע טוען שמא וע"ז מק' התו' דבסיפא דקתני ישבע ע"י גלגול יהא נאמן במגו דאינו יודע והוי כמו רישא דמתני' דפטור היכא דאין עסק שבו' וק"ל

באו"ד וא"ת על טענת ודאי מנ"ל שמגלגלין אפי' על דבר שאינו אמת מהרש"א ז"ל הניח אפילו על דבר שאינו דומה אמת ע"ש ויפה כיון כי לפמ"ש התו' משמע שאפי' ידעינן שהדבר ברור דלא הוי אמת מגלגלין וזה דבר תמוה שהדבר שהוא ברור שאינו אמת ליכא גלגול ומשום הכי

מוכרחים

מוכרחים אנו לומר ולשנויי שאינו דומה אמת דר"ל שאין הסברא כ"כ נוטה שהוא אמת אמנם הוא ספק וזה ברור והרב עין יוסף כתב ע"ד מהרש"א דאין לורך ואחרי כע"ר לא דיקדק בדבר :

עוד כתב הס"ז כמ"ש התו' בד"ה והלא או' איני יודע וכו' א"כ דברוא דמשאיל עדיף מברוא דשוא וכו' ולהכי אילטריך סיפא לאשמועינן דאפי' ברוא דשוא עדיף משמא דמשאיל ע"כ וק' שהרי בסיפא דו"ה א"י וז"א א"י דיחלוקו אשמועינן רבותא דשמא דשוא כמו שמא דמשאיל וכ"ש ברוא דשוא ושמא דמשאיל עכ"ד ואחרי כע"ר לק"מ דהתנא לא זו אף זו קתני דלא דוקא ברוא דשוא עדיף משמא דמשאיל שא אפי' דשוו בשיעוריהן אפילו הכי יחלוקו כיון דשניהם שמא אף שזה עדיף מזה בסברא אין הדין כן אלא דיחלוקו והתו' בקושייתם שפיר קא מקשו דהוי זו ואצ"ל זו ואין זה מדרך התנא אבל לא זו וא"ז דרך התנא בכל דוכת' למינקט כן ועיין בד"ה שאלה תלי היום וכו' וזה פשוט :

עוד כתב הס"ז ז"ל עמ"ש התו' בד"ה לימא וכו' דלסומכוס דאית ליה ממון המוטל בספק חולקים הוי כאלו תרוייהו מוחזקים וכו' ע"כ וק' שהרי ברוב מכילתין אמרינן בגמ' אלא הי אמרת סומכוס השתא ומה התם דלא תפסי תרוייהו חולקים בלא שבו' הכא דתרוייהו תפסי לכ"ש ומאי כ"ש איכא לפמ"ש התו' בדעת סומכוס דסבר דכל ממון המוטל בספק חולקים הוי כאלו תרוייהו מוחזקים בו עכ"ל ואחרי כע"ר לק"מ דהכי פירושא דש"ס דהשתא ומה התם דלא תפסי תרוייהו אפ"ה אמרינן דחשיב כאלו תרוייהו מוחזקים וחולקים בלא שבו' הכא תרוייהו תפסי באמת ומוחזקים בה לכ"ש שיחלוקו בלא שבו' דהיכא דלא תפסי חשבינן כאלו תפסי מכ"ש היכא דתפסי בעלם וזה פשוט :

עוד כתב עמ"ש התו' בפ' הבית דקי"ו בד"ה לימא תהוי תיובתא וכו' דבפרק השואל פירש דכל ממון המוטל בס' חולקים חשיב כאלו שניהם מוחזקים בו וכו' וק' שהרי מ"ש שהו' יכן הוא לדעת סומכוס ור"ן כרבנן דסברי דלא הוי בכי רק דהוי ממונא בחזקת מאריה ול"ע עכ"ל ואהמ"ר לק"מ כי כונת התו' בהורה לו' דהגם דסבר כרבנן מ"מ בברוא ושמא הוצ"ל שיחלוקו וכמשנתינו בעל האבנים טוען ברוא ואידך שמא וקתני דזכה אי הוי כסומכוס ומשו"ה חייב דהוי ברוא ושמא הוי הפך ר"י דאמר פטור ואף דנאמר דסבר ר"ן כרבנן היכא דברו ושמא יחלוקו והוי הפך ר"ן וכמו שביארו הרברים בפ' השואל וסמכו עלמם אהתם ודברים ברורים הם ודוק :

סי' שנ"ד בסמ"ע סק"ט הוי בשו וכו' ועוד דסברא היא דקרן נתחייב בשעת העמדה בדין דאי מזכה מיפטר וכו' עכ"ל נ"ב נ"ש וכל"ל בשעת גניבה אבל כפל ודו"ה לא מחויב עד שעת העמדה בדין וכו' כנ"ל :

שם בש"ך סק"ח שומעין להם עין בסמ"ע מ"ש בשם הק"מ וכו' עכ"ל נ"ב עיין מ"ש הב"ח ול"ע דבריו ודוק :

סי' שס"א ס"ה לא הוי שנו א"א"כ מכרו או נתנו וכו' עכ"ל של הרב מהריט"ץ בתשו' סימן כ' על מי שנתחייב לאחותו בש"ת שבכל זמן שימכור ביתו מחוייב ליתן לה יו"ר גרושים ואחר כך הקדיש הבית אם חייב ליתן לה היו"ר גרוש או לא ע"ש מה שהשיב לזה והרב מהרו"א ז"ל בספר קהלת יעקב דס"ר ע"ג כתב עלו והנכי תמה על הרב שהרי בפ' מרובה דע"ט ע"א אמרינן בפ' וטבחו או מכרו גנב והקדיש משלם תשלומי דו"ה דמ"ל מכרו להדיוט מ"ל מכרו לשמים אם כן מאחר שכתוב בשטר כשאמכרנו הרי הקדש נמי מכירה מיקרי ומה מקום לספק בזה עכ"ל ואהמח"ר לפמ"ש הש"ת בפ"ב דגניבה דין ו' אין כאן תימא דהרי הרי"ף והרמב"ם ז"ל ס"ל דהאי בריתא היא דלא כהלכתא ועוד אף לפי סברת שאי הפוס' דחולקים על הרי"ף והרמב"ם בזה מ"מ שאני התם דמדמינן לה לטביחה וכמ"ש הה"מ שם דין יו"ר עמ"ש הרמב"ם גנב ונתן לאחר וכו' ז"ל כל זו שכבא מפורשת בבריית' ובסוגייא ובת' המגיד טעם שאעפ"י שהכתוב לא הזכיר אלא מכירה שמתנה בכאן בכלל מכירה משום דדומייא דטביחה וא"כ ז' שמשאמש בו עכ"ל ה"ס נמי הכא בהקדש אע"ג דמלשון מכורה לא משמ' הקדש מ"מ כיון דדמי לטביחה אמרי' מ"ל מ"ל משא"כ במקו' אחר דינו של מהריט"ץ אמת ואין כאן תימה על הרב ז"ל וכמ"ש ודוק :

סי' שס"ג סי"א מי שהיו לו מר וכו' הגה דין זה מבואר בסוגייא דהגוזל דק"א דאבע"ל יש שבח סמנים ע"ג הצמר ומוקי בש"ס הכי כגון דגזל למר וסממנים דחד ובכעיה למר בהנך סמנים וקא מהדר ליה למר לבוע אמרינן כאלו אהדר ליה סמנים נ"כ או לא וכגון דגזל ליבעא ולא איפשיטא בעיין דבש"ס בע למפשטה מערלה דאמרינן בה בגד שלבעו בקליפי ערלה ידלק ודחי רבה שאני התם דגלי קרא ומש"ה נסק רבי' הרמב"ם פיו"ד מהל' גזילה דין יו"ר דאם חפש אין מוליאין מידו כדרכו בכ"מ בבעיא דלא איפשיטא האמנם יש להרגיש דהמאי לא כתב רבי' אוקמתא דרבינא דאוקמתא לבעייא בנוונא אחריתי והנה התירון לזה מבואר כיון דעיקר הבעייא אי חזותא מילתא היא או לאו כיון שכתב רבי' דין זה ואשמועינן דהיכר ס' א"כ ה"ה באוקמת' דרבינא הדר ס' ולא איפשטא ומיהו אכתי איכא למידק דנראה דרבינא לא נחא ליה באוקמתא דאוקים הש"ס ונשום הכי אוגמא לבעייא בנוונא אחריתי ומשמע ואידך בעייא מושט פשיטא ליה ולא הוי ספיקא וא"כ הו"ל לרבי' לשוק הלכתא כרבינא דאיהו בתרא דה"ל דהפיא בעיא לאו בהכי מתקומא אלא בנוונא אחריתי ואידך בעיא מפשט פשיטא ליה והנראה לומר כדעת רבי' דהאי א"א לו' הכי דרבינא מפשט פשיטא ליה הך בעיא כיון דמידי הוא טעמא דמספ"ל אי חזותא מילתא היא אי לאו א"כ מה לי האי בעייא מ"ל הך בעיא שוו בשיעוריהן ואכתי ספקא הי אלא דרבינא את למימר דא"ל לרחוק לאוקמא לבעיין בהכי בגון גזילה ורזל ליבעא אלא גם בנוונא דליכא גזלה איכא ספיקא וא"כ דהך בעייא נמי ספוקי מספ"ל ומעתה שפיר פסק רבי' דהדבר ספק דגם יבי' ספוקי

ספוקי מספ"ל בהכי ובעין לא איפשיטא :

אבל ראיתי להרב הגדול בספר פרי תואר סי' ק"ב סק"ג שכתב וז"ל והנה ממה דמפשיט אשכית דערלה נראה כי פשיטותא היא למה שהבין רבינא בדברי הבעיא שהכונה היא אי הוי הנאה או לא ובזה מפשיט שפיר דאית ביה הנאה מדאסר אבל אי הוי משמעות הבעיא אי הוי כבעיניה או לא לענין אם פחתו שמנים מאי מפשט משכית דערלה מי לא ידע דהנאה איכא ולא הבע"ל אי הוי כבעיניה אי לאו ולשא מילתא אין הוכחה מהשית דערלה וגם הרואה אמאי הוצרך לשנויי לחלק שאני ערלה משמע דבעלמא לא אסור בהנאה ולא כן הוא כמו שפי' דלא תבע"ל אלא אי הוי בגוף אלא ודאי דמילתא דבירירא היא כדכתיבנא וכו' קודם הלאתי וכו' וכבר כתבתי דפי' הבעייא היא במסקנת רבינא דהכונה הוא דוקא לענין אי הוי הנאה או לא אבל אי הוי בגופו לא קא מבע"ל דדבר פשוט הוא דלא הוי כממש דהא קא חזינן דלא הוי ממש ומש"ה לא הכור רבינא לאוקומי הבעייא וכו' עכ"ל :

ואני עבדו אחרי התאבקי בעפר כפות רגליו אין דעתי נוחה לזה חדא דמפשט הסוגייא נראה דהפשטן בעי למפשט גם אאוקמתא קמייתא כאשר יראה הרואה ועוד דהא בדברי הרב ז"ל הו"ל לרבי' לפסוק הבעייא קמייתא דבעי למסדר ליה שמנים כיון דרבינא דאיהו בתרא הכי ס"ל ודאי איהו בגופו ולא בעי לאוקמא בעיא בהכי

גם הטור ז"ל הביא בעייא קמייתא וכתב דלא איפשיטא ולפי דברי הרב רבינא ס"ל דבעיין פשיטא (ע"כ במלא וחבל על דאבדין) :

סי' שע"ח בש"ך סק"א ודוקא וכו' וכ"כ הרב המ' דלהרמב"ם אין חילוק עכ"ל כ"כ עיין בכ"מ בפ"ו שתמה על הה"מ בזה מדין שליבה דס"ג יע"ש :

סי' שפ"ח ס"ח אין משביעין את המוסר וכו' עכ"ל כ"כ ראיתי להמש"ל בה' חובל ומזיק פ"ח הלכה ח' שהביא תשו' הרא"ש על לאה שטוענת על ראובן שמסרה ביד גוים וכו' תשו' כל מה שתוכל לאה לברר בעדים שהפסידה באותה תפיסה יפרע לה וישבע ראובן שלא הפסידה יותר וכו' יע"ש וכתב עליו המש"ל שם וק' דהיאך מוסרין אותו שבועה שהרי דין מסור יש לו ונפסל לעדות ולשבועה וכו' עכ"ל ואני אומ' דהשמיט מגיס דהרב ז"ל דברי הרב"י ז"ל ומ"ש המש"ל ואפשר לומר דלא משמע להו לאינשי וכו' משמע דלפי האמת איכא איסורא אך מדברי רבי' הכא משמע דאין שום איסור בדבר ובשר הוא ודוק

סי' ת"ח בש"ך סק"ו ע"כ דבר שדרך בני אדם להניח וכו' משמע אם אין דרך וכו' עכ"ל כ"כ אין זה במשמע ועיין במ"ש שהוסיף תיבת שהרו וכו'

סי' ת"ט בש"ך סק"א בשב"ר וכו' עיין בש"ש וכו' פסק דנזיקין גובין ממשועבדים וכו' עכ"ל כ"כ ע"ל סי' קי"א ס"ח ודוק בסמ"ע שם

ת"ו ש"ל ב"ע